

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**“CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA
CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES
PRIVILEGIADAS, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
AREQUIPA – SEDE CENTRAL, 2017”**

Tesis presentado por la Bachiller:
Hinojosa Ordoñez, Jhessdy Milena

Para optar el Título Profesional de:
Abogada

Asesor de Tesis:
Armaza Galdos, Julio Emilio

Arequipa – Perú

2019

DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 07 de mayo de 2019.

Señor Doctor

GABRIEL TORREBLANCA LAZO

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María

Presente.-

REFERENCIA: Oficio N° 002-Coor. PP-FCJYP-2019

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, para poner a su conocimiento el Dictamen que como parte integrante de la Comisión Evaluadora realizo al Borrador de Tesis elaborada por la señorita Bachiller en Derecho JHESSDY MILENA HINOJOSA ORDOÑEZ, cuyo enunciado es: **“CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA – SEDE CENTRAL, 2017”**.

En cumplimiento del Inc. i), Art. 12, Título III, Capítulo III del Reglamento de Grados y Títulos de vuestra Escuela Profesional, cumpla con informar lo siguiente:

- 1) El desarrollo de la investigación guarda coherencia con el Proyecto de Investigación.
- 2) Da respuesta afirmativa a la hipótesis planteada.
- 3) Cumple con los cuatro objetivos formulados.
- 4) Tiene profundidad académica y las conclusiones corresponden con el fondo de la investigación.
- 5) La sugerencia o aporte jurídico es innovador y pertinente.

En consecuencia, considero que el Borrador de Tesis sometido a evaluación, tiene mérito suficiente para ser sustentado oralmente.

Sea propicia la oportunidad para expresarle mis sentimientos de aprecio, sin otro particular, quedo de Usted.

Atentamente,



CARLOS ENRIQUE MONTES DE OCA VALENCIA

DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 13 de mayo de 2019.

Señor Doctor

GABRIEL TORREBLANCA LAZO

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María

Presente.-

REFERENCIA: Oficio N° 002-Coor. PP-FCJYP-2019

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, para poner a su conocimiento el Dictamen que como parte integrante de la Comisión Evaluadora realicé al Borrador de Tesis elaborada por la señorita Bachiller en Derecho JHESSDY MILENA HINOJOSA ORDOÑEZ, cuyo enunciado es: **“CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA – SEDE CENTRAL, 2017”**.

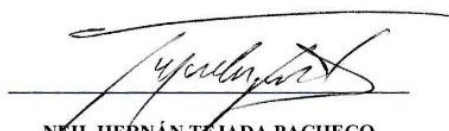
En cumplimiento del Inc. i), Art. 12, Título III, Capítulo III del Reglamento de Grados y Títulos de vuestra Escuela Profesional, cumplo con informar lo siguiente:

- 1) El desarrollo de la investigación guarda coherencia con el Proyecto de Investigación.
- 2) Da respuesta afirmativa a la hipótesis planteada.
- 3) Cumple con los objetivos formulados.
- 4) Tiene profundidad académica y las conclusiones corresponden con el fondo de la investigación así como las interrogantes formuladas.
- 5) La sugerencia o aporte jurídico es innovador y pertinente.

En consecuencia, considero que el Borrador de Tesis sometido a evaluación, tiene mérito suficiente para ser sustentado.

Sea propicia la oportunidad para expresarle mis sentimientos de aprecio, sin otro particular, quedo de Usted.

Atentamente,



NEIL HERNÁN TEJADA PACHECO
DOCENTE 2878





Universidad Católica de Santa María

☎ (51 54) 382038 Fax: (51 54) 251213 ✉ ucsm@ucsm.edu.pe 🌐 <http://www.ucsm.edu.pe> Apartado: 1350

AREQUIPA - PERÚ

PARA PREVIAS DE TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA JHESSDY MILENA
HINOJOSA ORDOÑEZ

DECRETO N° 037-FCJYP-T/P/A-2019

Arequipa, 03 de julio del 2019

VISTO el expediente N° 20190000021259, presentado por el bachiller en Derecho JHESSDY MILENA HINOJOSA ORDOÑEZ, que pretende optar el Título Profesional de ABOGADA y en concordancia con lo la nómina de terna de Jurados Evaluadores para la recepción de las previas para la optación del título profesional de Abogado, en la modalidad de Examen de Competencia y Suficiencia Profesional.

SE DECRETA:

Primero:

Autorizar la recepción de dispuesto en los artículos 61 y siguientes del Estatuto de la Universidad Católica Santa María y la Ley 30220, el Reglamento de Grados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en el cual se aprueba Previas Orales respectivas; designándose como Jurado Evaluador, la Terna, el que está integrado por los señores profesores doctores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas:

- ✓ BERLI CANO SUAREZ
- ✓ CARLOS RODRIGUEZ MARTINEZ
- ✓ PATRICIO FAJARDO PASSANO

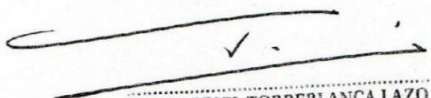
Segundo:

La recepción de previas deberá realizarse en acto público a llevarse a cabo a horas 12:00 del día 15 de julio del 2019, en el Salón de Grados de la Institución Tesis: Criterios en la Determinación Judicial de la Pena Cuando Concurran Circunstancias Atenuantes Privilegiadas, en la Corte Superior de Justicia de Arequipa-Sede Central 2017.

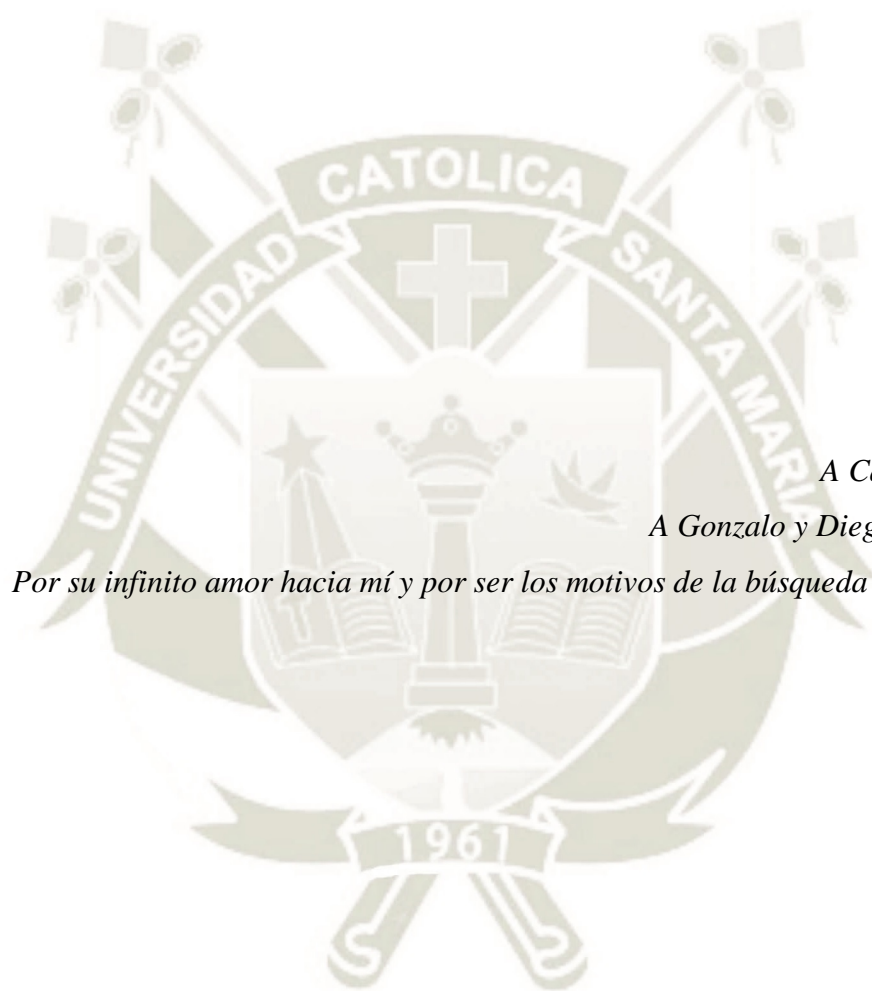
Tercero:

El Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, se encargará del cumplimiento e implementación de la presente.

Regístrese y comuníquese.


Dr. GABRIEL TORREBLANCA LAZO
Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica de Santa María

Dnl.

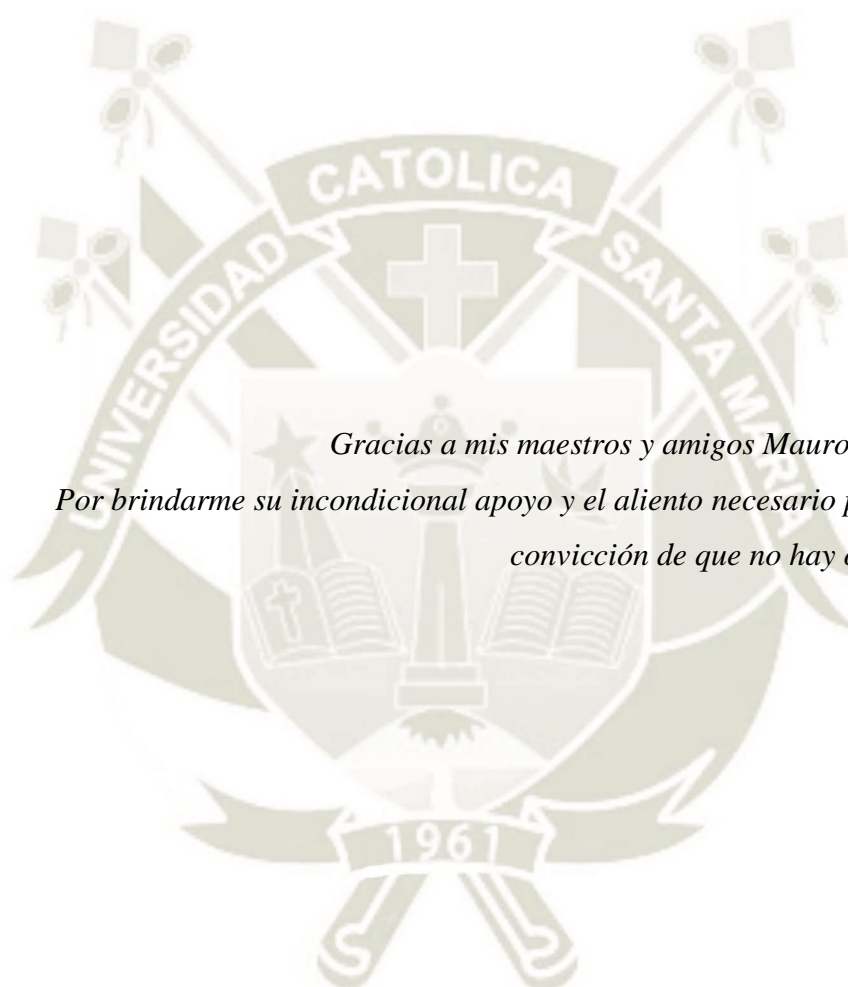


A Dios.

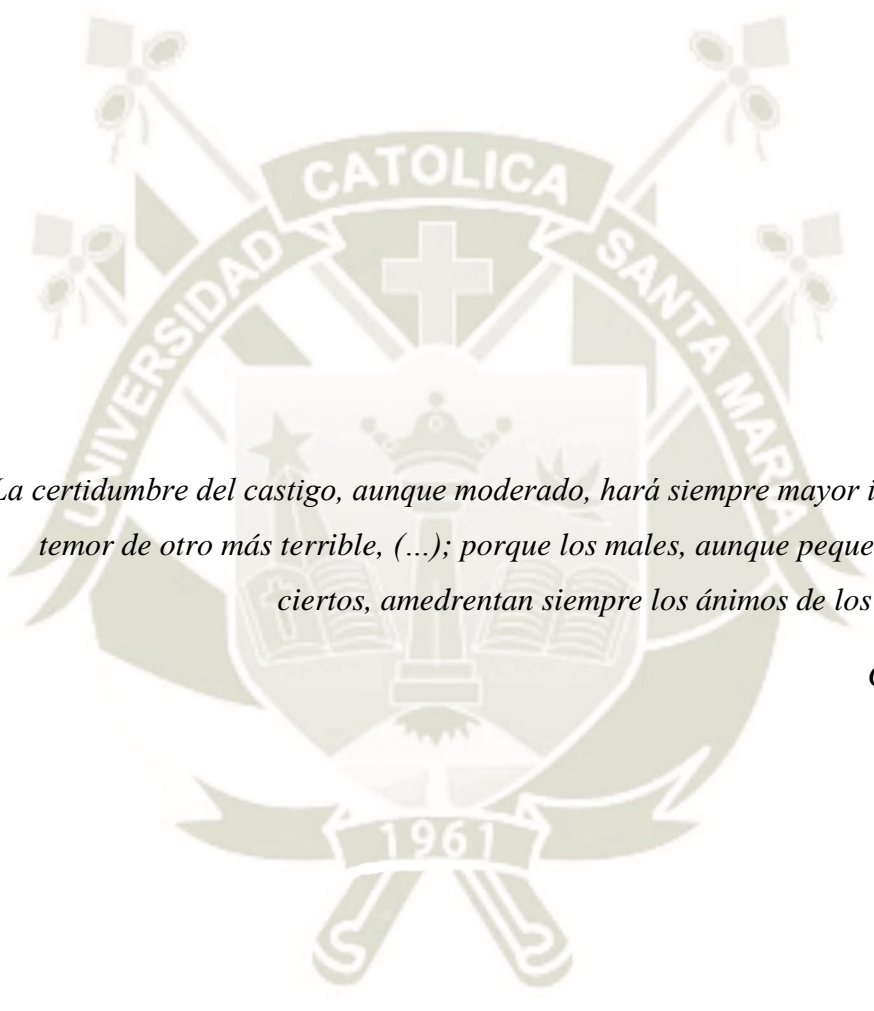
A Carmen, mi madre.

A Gonzalo y Diego, mis hermanos.

*Por su infinito amor hacia mí y por ser los motivos de la búsqueda de mi superación
constante.*



*Gracias a mis maestros y amigos Mauro, Carlos y Franco.
Por brindarme su incondicional apoyo y el aliento necesario para tener la firme
convicción de que no hay objetivo imposible.*



“La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, (...); porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres, (...).”

Cesare Beccaria

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE GRÁFICAS	xi
LISTA DE CUADROS	xii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO PRIMERO	1
TEORÍA DE LA PENA	1
1.1. CUESTIONES PRELIMINARES	1
1.2. TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA	3
1.2.1. TEORÍAS RETRIBUTIVAS O ABSOLUTAS	3
1.2.2. Teoría retributiva de KANT	4
1.2.3. Teoría Retributiva de HEGEL	6
1.3. TEORÍAS RELATIVAS O DE LA PREVENCIÓN	7
1.3.1. Prevención General Negativa	7
1.3.2. Prevención General Positiva	8
1.3.3. Prevención Especial Negativa	9
1.3.4. Prevención Especial Positiva	10
1.4. TEORÍAS MIXTAS, UNIFICADORAS O DE UNIÓN	10
1.5. FINES DE LA PENA EN EL PERÚ	12
1.6. PACTOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR EL PERÚ Y LOS FINES DE LA PENA ...	12
1.6.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	12
1.6.2. Declaración Universal de Derechos Humanos	13
1.6.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	14
1.6.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos	15
1.7. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y LOS FINES DE LA PENA	16
1.7.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	20
1.8. CÓDIGO PENAL PERUANO Y LOS FINES DE LA PENA	28
1.8.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	35
CAPÍTULO SEGUNDO	44
FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE LA DETERMINACIÓN LEGAL E INDIVIDUALIZACIÓN	
JUDICIAL DE LA PENA	44
2.1. CUESTIONES PRELIMINARES	44
2.2. SISTEMAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	45
2.2.1. SISTEMA DE PENAS INDETERMINADAS O INDETERMINACIÓN LEGAL ABSOLUTA	46
2.2.2. SISTEMA DE PENAS FIJAS O DETERMINACIÓN LEGAL ABSOLUTA	47
2.2.3. SISTEMA DE FIJACIÓN LEGAL DE UN MARCO PUNITIVO O DETERMINACIÓN	
LEGAL RELATIVA	47
2.3. SISTEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL PERÚ	48

2.3.1. CÓDIGO PENAL DE 1863	49
2.3.2. CÓDIGO PENAL DE 1924	52
2.3.3. CÓDIGO PENAL DE 1991	53
2.4. TEORÍAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	56
2.4.1. TEORÍA DE LA PENA EXACTA O PUNTUAL	57
2.4.2. TEORÍA DEL ÁMBITO O ESPACIO DE JUEGO	58
2.4.3. TEORÍA DEL VALOR RELATIVO O JERÁRQUICO DEL EMPLEO	59
2.4.4. TEORÍA DE LA COMBINACIÓN	60
2.4.5. TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO	60
CAPÍTULO TERCERO	64
DETERMINACIÓN LEGAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PERÚ	64
3.1. CUESTIONES PRELIMINARES	64
3.2. ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	66
3.2.1. ETAPA LEGAL	66
3.2.2. ETAPA JUDICIAL	67
3.2.3. ETAPA ADMINISTRATIVA	67
3.3. PRINCIPIOS QUE LIMITAN EL EJERCICIO DEL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO EN LAS ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	68
3.3.1. PRINCIPIOS LIMITANTES EN LA ETAPA LEGAL	70
3.3.2. PRINCIPIOS LIMITANTES EN LA ETAPA JUDICIAL	78
3.3.3. PRINCIPIOS LIMITANTES EN LA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	86
3.4. ETAPAS OPERATIVAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	88
3.4.1. DETERMINACIÓN DEL MARCO ABSTRACTO DE LA PENA	90
3.4.2. DETERMINACIÓN DEL MARCO CONCRETO DE LA PENA	94
3.4.3. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS	98
3.4.4. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CUALIFICADAS	100
3.4.5. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON BONIFICACIÓN PROCESAL	102
CAPÍTULO CUARTO	104
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN EL PERÚ	104
4.1. CUESTIONES PRELIMINARES	104
4.2. DEL <i>NOMEN IURIS</i> Y DE LOS EFECTOS OPERATIVOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	107
4.3. HISTORICIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN EL PERÚ	120
4.3.1. CÓDIGO PENAL DE 1863	120
4.3.2. CÓDIGO PENAL DE 1924	123
4.3.3. CÓDIGO PENAL DE 1991	126

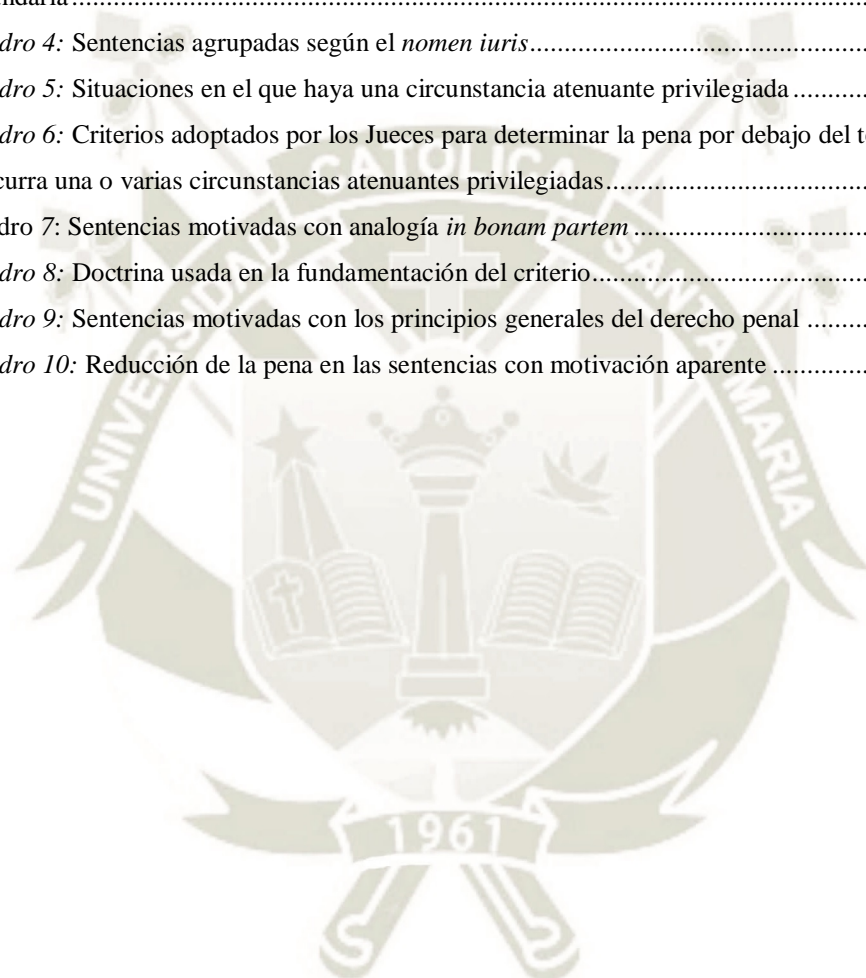
4.3.4. ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DE 2002 – LEY N° 27837.....	129
4.3.5. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2008-2010 – LEY N° 29153	131
4.3.6. PROYECTO DEL PODER JUDICIAL DEL CÓDIGO PENAL DE 2012	133
4.3.7. REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY N° 30076 AL CÓDIGO PENAL DE 1991 ...	134
4.4. PROPUESTAS DE REFORMA ULTERIORES A LA DACIÓN DE LA LEY N° 30076	147
4.4.1. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2014-2015 POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	147
4.4.2. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2016 POR LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.....	151
4.4.3. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2016 POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS	152
4.4.4. PRINCIPALES CODIFICACIONES EN EL DERECHO PENAL COMPARADO Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PRIVILEGIADA.....	155
4.4.5. CÓDIGO PENAL DE ALEMANIA	155
4.4.6. CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA.....	159
4.4.7. CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA	163
4.4.8. CÓDIGO PENAL DE ARGENTINA	165
4.4.9. CÓDIGO PENAL DE CHILE.....	167
4.5. CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PRIVILEGIADA.....	169
4.5.1. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA	170
4.5.2. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA – SEDE CENTRAL	189
4.5.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS.....	216
4.5.4. TOMA DE POSTURA	222
CONCLUSIONES	239
PROPUESTA	241
BIBLIOGRAFÍA	246
ANEXO: Proyecto de Investigación	252

LISTA DE GRÁFICAS

<i>Gráfico 1:</i> Marco abstracto de la pena del delito de Homicidio Calificado	93
<i>Gráfica 2:</i> División en tercios del marco abstracto del delito de Homicidio Calificado	94
<i>Gráfica 3:</i> Determinación del marco concreto de la pena del delito de Homicidio Simple	98
<i>Gráfica 4:</i> Determinación judicial de la pena con circunstancia atenuante privilegiada en el delito de Homicidio Simple	136
<i>Gráfica 5:</i> Sentencias expedidas en el año 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Penales Colegiados	191
<i>Gráfica 6:</i> Sentencias que concurren: error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria.....	193
<i>Gráfica 7:</i> Frecuencia en las sentencias de tentativa, error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria	195
<i>Gráfica 8:</i> Sentencias agrupadas según el <i>nomen iuris</i>	197
<i>Gráfica 9:</i> Situaciones en el que haya una circunstancia atenuante privilegiada.....	198
<i>Gráfica 10:</i> Criterios adoptados por los Jueces para determinar la pena por debajo del tercio inferior cuando concorra una o varias circunstancias atenuantes privilegiadas.....	200
<i>Gráfica 11:</i> Sentencias motivadas con analogía <i>in bonam partem</i>	201
<i>Gráfica 12:</i> Doctrina usada en la fundamentación del criterio	206
<i>Gráfica 13:</i> Sentencias motivadas con los principios generales del derecho penal	209
<i>Gráfica 14:</i> Reducción de la pena en las sentencias con motivación aparente	211
<i>Gráfica 15:</i> Criterios adoptados por los Jueces Superiores para hacer el control sobre la determinación de la pena por debajo del tercio inferior cuando concorra una circunstancia atenuante privilegiada	214
<i>Gráfica 16:</i> La culpabilidad de los tipos base y específicos como determinante para la construcción de los marcos penales genéricos para cada circunstancia atenuante privilegiada	235
<i>Gráfica 17:</i> Marcos penales genéricos para las circunstancias atenuantes privilegiadas	236

LISTA DE CUADROS

<i>Cuadro 1:</i> Sentencias expedidas en el año 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Penales Colegiados	190
<i>Cuadro 2:</i> Sentencias que concurren: error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria.....	192
<i>Cuadro 3:</i> Frecuencia en las sentencias de tentativa, error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria	194
<i>Cuadro 4:</i> Sentencias agrupadas según el <i>nomen iuris</i>	196
<i>Cuadro 5:</i> Situaciones en el que haya una circunstancia atenuante privilegiada	198
<i>Cuadro 6:</i> Criterios adoptados por los Jueces para determinar la pena por debajo del tercio inferior cuando concorra una o varias circunstancias atenuantes privilegiadas.....	199
<i>Cuadro 7:</i> Sentencias motivadas con analogía <i>in bonam partem</i>	201
<i>Cuadro 8:</i> Doctrina usada en la fundamentación del criterio.....	206
<i>Cuadro 9:</i> Sentencias motivadas con los principios generales del derecho penal	208
<i>Cuadro 10:</i> Reducción de la pena en las sentencias con motivación aparente	211



RESUMEN

La laguna legal, aún imperecedera, en el proceso de determinación de la pena cuando se pretende identificar la proporción o el *quantum* de la pena que debe reducirse ante la concurrencia de las llamadas “circunstancias atenuantes privilegiadas” en el delito – *literal a) del numeral 3. del artículo 45°-A del Código Penal peruano*–, ha generado que el Juez arequipeño de los Juzgados Penales Unipersonales, Colegiados y Salas Penales de Apelaciones en sus sentencias de primera instancia y de vista expedidas durante el año 2017, hagan uso de soluciones disímiles, siendo las más importantes según el orden de prelación porcentual: i) los métodos de integración jurídica: analogía *in bonam partem* para crear un marco penal abstracto por debajo del mínimo legal establecido para el delito, aplicando en sentido inverso la proporción de una mitad o un tercio establecido para las circunstancias agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad; y principio de proporcionalidad para realizar una reducción directa sobre la pena concreta; ii) la aplicación del margen penal mínimo general correctivo dispuesto en el artículo 29° del Código Penal, esto es, la pena privativa de libertad temporal de dos días como nuevo mínimo legal del nuevo marco penal abstracto; y, iii) otras formas de reducción inasibles bajo una motivación aparente.

El análisis de los fundamentos dogmáticos de las “circunstancias” a través de su vinculación con las categorías del delito de injusto y de culpabilidad, esto es, con la teoría del delito, se concluye la existencia indiscutible de las circunstancias atenuantes privilegiadas. Y, con base, principalmente, en el principio de culpabilidad se hace necesario la creación por el legislador de un marco penal intermedio y delegado al Juzgador a través de reglas auxiliares, que permitirá tener un adecuado efecto y oportunidad operativa para la valoración de todas las circunstancias concurrentes en el delito.

Palabras clave: Circunstancias atenuantes privilegiadas, *quantum* de la pena, marco penal abstracto.

ABSTRACT

The legal gap, still imperishable, in the process of determining the penalty when it is intended to identify the proportion or quantum of the penalty that must be reduced in the presence of the so-called "privileged mitigating circumstances" in the offense -literal a) of the numeral 3. of article 45 ° -A of the Peruvian Penal Code-, has generated that the Arequipeño Judge of the Criminal Courts, Collegiate and Criminal Chambers of Appeals in their judgments of first instance and hearing issued during the year 2017, make use of dissimilar solutions, the most important being according to the order of priority of percentage: i) methods of legal integration: analogy in bonam partem to create an abstract criminal framework below the legal minimum established for the offense, applying in the opposite direction the proportion of a half or one third established for qualified aggravating circumstances of recidivism and habituality; and the proportionality principle to make a direct reduction on the specific penalty; ii) the application of the minimum general correctional penal margin provided for in article 29 of the Criminal Code, that is, the term of imprisonment of two days as the new legal minimum of the new abstract criminal framework; and, iii) other ungraspable forms of reduction under apparent motivation.

The analysis of the dogmatic foundations of the "circumstances" through their connection with the categories of the crime of unjust and culpability, that is, with the theory of crime, concludes the indisputable existence of privileged attenuating circumstances. And, based, mainly, on the principle of culpability it is necessary the creation by the legislator of an intermediate criminal framework and delegated to the Judge through auxiliary rules, which will allow to have an adequate effect and operative opportunity for the valuation of all the concurrent circumstances in the crime.

Key words: Circumstances mitigating privileged, quantum of punishment, abstract criminal framework.

INTRODUCCIÓN

El sistema de determinación de la pena que acoge nuestro Código Penal, es el de “fijación legal de un marco punitivo o determinación legal relativa” en sus vertientes: i) por parte del legislador, la fijación de un límite mínimo y un límite máximo de la clase de pena con abstracción de las circunstancias que casuísticamente se ve impedido de conocer por la particularidad de cada caso en concreto; y, ii) por delegación del legislador al juez, la función de valoración de todas las circunstancias contenidas en el delito para determinar el marco penal concreto dentro de dichos márgenes, y finalmente realizar un trabajo cognoscitivo para la individualización judicial de la pena concreta; empero, también realiza la identificación y valoración de circunstancias de carácter extraordinario, que de presentarse, afectarán la extensión del marco penal abstracto.

La afectación del marco penal abstracto a causa de la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas es en la actualidad, un álgido debate, pues mediante la Ley N° 30076 expedida en fecha diecinueve de agosto de dos mil trece, se introdujo nuevas reglas para la determinación judicial de la pena ante la concurrencia de tales circunstancias, que dicho sea de paso, nunca fueron conceptualizadas, y surgió en la doctrina y praxis judicial el cuestionamiento sobre su existencia, naturaleza jurídica y oportunidad operativa.

Diversos problemas se presentan respecto de las circunstancias atenuantes privilegiadas, en principio si realmente existen y se les puede llamar de esa forma al error de prohibición vencible –*segundo párrafo del artículo 14° del Código Penal*–, error de prohibición culturalmente condicionado vencible –*artículo 15° del CP*–, tentativa –*segundo párrafo del artículo 16° del CP*–, responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal –*artículo 21° del CP*–, responsabilidad restringida por la edad –*artículo 22° del CP*–, y la complicidad secundaria –*segundo párrafo del artículo 25° del CP*–, factores a los que, antes de la reforma, no se les cuestionó la naturaleza jurídica de circunstancias atenuantes privilegiadas, pero que, al que la doctrina, últimamente las llama como “causas de disminución de la punibilidad”; empero, el verdadero epicentro de la contrariedad, se encuentra en la proporción o el *quantum* de la pena que debe reducirse ante la concomitancia de una o más de ellas, pues el texto del artículo 45°-A establece en el literal a) de su numeral 3, que: “3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena concreta se determina de la siguiente

manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior”; es decir, no se indica el límite por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena.

Con base en ello, he abordado el tema de investigación sobre identificar los criterios o posturas que ha asumido el Juzgador arequipeño de los cuatro Juzgados Penales Unipersonales, dos Juzgados Penales Colegiados y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central en sus sentencia de primera instancia y de vista expedidas durante el año 2017, en el proceso de determinación judicial de la pena cuando concurran en el hecho delictivo una o más circunstancias atenuantes privilegiadas, dado que desde la entrada en vigencia del artículo 45°-A con la dación de la Ley N° 30076, ha habido una omisión –*laguna legal*– respecto a la proporción o límite del *quantum* de la pena que debe reducirse a cada circunstancia atenuante privilegiada, y sin que exista jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia del Perú, hasta en la actualidad, es probable que, los Jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, tengan criterios y fundamentos de determinación de pena disímiles, afectando los principios y derechos de seguridad jurídica, igualdad en la aplicación de la ley penal y predictibilidad de los fallos judiciales.

Es preciso poner de relieve que, una vez obtenida la información cierta y precisa de tales posturas o criterios, se determinará si pese a la existencia de ésta laguna legal en el proceso de determinación de la pena cuando concurran atenuantes privilegiadas, existe uniformidad en los fallos judiciales, así como realizar un análisis sobre los mismos para concluir si tales soluciones se encuentran acorde con los principios de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho. Por último, y a pesar de tener únicamente por objeto de análisis para el presente trabajo investigativo, las sentencias de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, es necesario realizar también un análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República, criterios dogmáticos, así como posturas asumidas en el derecho penal comparado, para hacer posible una solución de *lege referenda*.

La estructura del presente trabajo intelectual, se encuentra justificado por un diseño metodológico, a saber: El *Capítulo Primero Teoría de la Pena*, en el que se proporciona las bases teóricas sobre los fines de la pena y la aceptación de determinadas posturas dentro de las mismas en el derecho constitucional y penal peruano a través de su fuente

formadora por los Pactos, Declaraciones y Convenciones Internacionales del que hemos asumido el compromiso como Estado Miembro. El *Capítulo Segundo Fundamentos Dogmáticos de la Determinación e Individualización Judicial de la Pena*, se repasan los sistemas de indeterminación legal absoluta, determinación legal absoluta y determinación legal relativa de determinación de la pena que ha asumido el Código Penal peruano desde su génesis; y las teorías de la individualización judicial de la pena como acto puramente discrecional del juzgador. El *Capítulo Tercero Determinación e Individualización Judicial de la Pena*, se analizan los principios limitantes del ejercicio del *ius puniendi* del estado en las etapas de determinación de la pena en el Perú y las etapas operativas de la determinación judicial de la pena desde la entrada en vigencia de la Ley N° 30076. Y, en el *Capítulo Cuarto Determinación Judicial de la pena con Circunstancias Atenuantes Privilegiadas*, un amplio desarrollo sobre la naturaleza jurídica y efectos operativos de las circunstancias atenuantes privilegiadas explicadas desde la doctrina y principales sentencias casatorias hasta el momento de la presentación de la presente investigación, historicidad del procedimiento de determinación judicial de la pena con atenuantes privilegiadas, el problema de la laguna legal y el uso de los métodos de integración jurídica para su solución, posturas del derecho penal comparado; y, finalmente los resultados del análisis de las sentencias de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa expedidas durante el año 2017, que propician una discusión de resultados, comprobación de hipótesis y llegar a una postura.

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA DE LA PENA

“El fin de la pena ha preocupado siempre hondamente a todos los hombres de espíritu. Ninguna queja produce vibración tan íntima en las personas que todavía –aun en nuestro siglo de la automación– no han perdido la facultad de reflexionar, como la que callada, pero continuamente, brota de las prisiones donde yacen miles de hombres, sepultados vivos por otros hombres, en nombre de la justicia, en nombre de la libertad (...). La oposición, en cuanto a la pena de las teorías absolutas y relativas, tal como a veces se la expone, podrá parecernos una bagatela; pero, en realidad, constituye el Alfa y Omega de todo Derecho Penal”.

(A. BERISTAIN IPIÑA, Fines de la Pena (importancia, dificultad y actualidad del tema), Madrid, 1962, p. 3. En E. DEMETRIO CRESPO, Prevención General e Individualización Judicial de la Pena, Salamanca, 1999, p. 41).

1.1. CUESTIONES PRELIMINARES

La pena es el detrimento de la libertad individual ambulatoria de un sujeto, impuesta dentro del marco de un proceso penal justo, como consecuencia de la vulneración de bienes jurídicos de terceros.

La pena según el Diccionario de la Real Academia Española (2001) es el “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta” (p. 1719). Por otro lado, GUILLERMO CABANELLAS, explica su etimología y concepto, de la siguiente manera:

“[Pena es la] sanción, previamente fijada por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados. 1. Etimología: La etimología de esta voz da razón tanto a los que ven en la pena un mal como aquellos que la interpretan cual expiación o medida regenerativa. Inmediatamente procede del latín *poena*, derivado a su vez del griego *poine* o *penan*, donde significa dolor, trabajo, fatiga y sufrimiento; pero esta

genealogía entroncaron el sánscrito *punya*, cuya raíz *pu* quiere decir purificación. 2. Concepto básico: En la consideración estrictamente jurídico penal, según las distintas escuelas y aun autores, así son las definiciones. Como noción unificadora casi no subsiste otra idea que la consideración de la *pena* como consecuencia jurídica del *delito* o *falta* (v.) y en tanto que reacción social contra uno u otra” (Cabanellas G., 2001, p. 182).

La pena constituye la principal característica del Derecho Penal –*dentro de las diferentes formas de consecuencias jurídicas*– en el objetivo de mantener una convivencia social pacífica y segura, que condiciona la intervención del Estado –*mediante el uso del ius puniendi*–, a que el supuesto de la norma jurídica sea materializado por el sujeto activo del tipo; “de este modo, si bien la pena no define la norma, ésta aparece como esencial para la comprensión del Derecho Penal, ya que con ella el Estado que estaba a la expectativa, se significa dentro de la relación social” (Bustos J., 2004, p. 523). “En consecuencia, el efecto comunicativo de la pena debe estar orientado socialmente a mostrar el fracaso del autor, pues, de lo contrario, no podrá restablecer la vigencia de la norma infringida” (García P., 2008, p. 671).

Para BUSTOS RAMÍREZ,

“En un Estado social y democrático de derecho que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado. De este modo, fuente de validez de la pena es la protección de bienes jurídicos” (Bustos J., 2004, p. 534).

La existencia de la pena en un sistema social y democrático de Derecho, está condicionada a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, sobre la misión que tiene la pena al ser impuesta a un sujeto y la percepción de ésta por parte de la colectividad, resulta ser sustancialmente distinta. Para el profesor GÜNTHER JAKOBS, “[la] réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena” (Jakobs G., 1995, p. 13); empero, respecto a la diferencia del concepto y su misión, advierte:

“Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión más bien

es reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. (...) Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma” (Jakobs G., 1995, pp. 13-14).

Siendo así, por cuanto la definición y el contenido de la pena son esencialmente diferentes de lo que lo hace legítimo, eso es, su justificación, fundamento o fin; es necesario abordar las explicaciones doctrinarias sobre las teorías de la pena, que no hacen otra cosa que explicar el objetivo de la imposición de esta consecuencia jurídica. “Zugaldía J. (1995) advierte que, estas teorías son en el fondo teorías del Derecho Penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar al patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona” (Bustos J., 2004, p. 523).

1.2. TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA

El efecto que genera la imposición de la pena, determina el cumplimiento de la misión del Derecho Penal.

1.2.1. TEORÍAS RETRIBUTIVAS O ABSOLUTAS

Las teorías retributivas o absolutas, justifican el sentido de la imposición de una pena como retribución a quien cometió la infracción. En estas teorías, la pena no se funda en una utilidad social, sino en una justicia individual, manifestada en la proporcionalidad entre la infracción y la severidad de la pena. En la actualidad, el adepto únicamente a esta teoría, devendría en una violación de los derechos fundamentales como – y *principalmente*– el de la dignidad humana, pues la pena se funda en la venganza “proporcional”, más no en el planeamiento para el mejoramiento del infractor y la sociedad; por lo que, en un estado social y democrático de Derecho –*como el nuestro*–, su acogimiento absoluto sería inconstitucional.

Las teorías retributivas o absolutas han sido explicadas por el profesor CLAUS ROXIN, de la siguiente manera:

“La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal

mercidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente (lat. *absolutus* = desvinculado)” (Roxin C., 1997, pp. 81-82).

Por su parte, el profesor EUGENIO ZAFFARONI ha argumentado que, “se dice que son teorías absolutas las que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda considerarse un medio para fines ulteriores” (Zaffaroni E., 1998, p. 103). Estos fines ulteriores –podríamos aducir– son aquellas circunstancias de experiencia propia que persuaden al infractor de no volver a delinquir; y, a la sociedad, que ante la observación de la desafortunada experiencia ajena de cumplir una condena, se inhiban de realizar actos similares.

Estas teorías sobre el fin de la pena como retribución, se plasman principalmente, en dos líneas de pensamiento desarrolladas por los europeos KANT y HEGEL.

1.2.2. Teoría retributiva de KANT

El contractualismo retributivo acuñado en el Siglo de las Luces o de la Ilustración o de la Razón (XVIII), que consistió en la expropiación, secuestro o ejecución del único derecho que el infractor podía ofrecer en el mercado en aquel momento, esto es, su libertad, ante el incumplimiento del pago devenido de una indemnización por la violación de un contrato, cambió el sentido de la pena y del Derecho Penal. Pues, surgió la idea de las penas corporales, la ideología de la privación de la libertad por el incumplimiento de una obligación. Y, dentro de un contexto de medición de mercancías y monedas, la pena no fue la excepción, se concibió la medición de la pena de manera lineal en el tiempo, con lo que nació la “Ley del Talión” o “*Ius Talionis*”. Sí no se podía ofrecer otra cosa que no sea la libertad del infractor, éste la reparaba con ella el mal causado por el delito en la misma proporcionalidad o intensidad.

Esta ideología talional, fue desarrollada por IMMANUEL KANT luego de sus críticas o investigaciones a la razón pura y a la razón práctica. KANT afirmaba que las cosas no pueden conocerse en “sí mismas” sino sólo en el tiempo (aritmética) y espacio (geometría), quedando fuera de la razón humana lo metafísico, pero no del todo. La razón pura o razón teórica, entiende la percepción del tiempo y espacio, mientras que la razón práctica o praxis o de acción, permite al humano valorar lo bueno y lo malo. Fue entonces, a partir de la razón práctica que estableció que la moralidad de una

acción se funda en un deber de conciencia (o –también llamados por él– imperativos de conciencia o imperativos categóricos), lo que lo llevó a plantear una de sus fórmulas vinculada al derecho: “Nunca debe tratarse a nadie a sí mismo ni a los demás como simple medio, sino como fin en sí mismo”; es decir, la mediatización del humano para lograr cualquier objetivo era inmoral.

Cuando KANT, quiso legitimar su tesis sobre el fin de la pena, éste se vio frente a una discrepancia con sus críticas, ya que para llegar al cumplimiento del fin de la pena que era la retribución, éste usaba al humano como medio; por lo que, la pena resultaba inmoral, y para solucionar esta contradicción, le asignó el carácter de medio a la pena de modo confuso, afirmando que garantizaba el propio imperativo categórico. Con respecto del sentimiento del deber y principio del Talió, FELIPE VILLAVICENCIO citando al profesor ROXIN, precisa:

“Si el imperativo categórico, que deviene de la ley, es observado, cumplido y respetado por el *sentimiento del deber*, se llega a la moralidad; pero si tal imperativo categórico es observado de diferente manera a su cumplimiento se llega a la legalidad, se produce la transgresión, y como consecuencia indeclinable el castigo. Según KANT el contenido de la pena tiene rasgos talionales (“*ojo por ojo, diente por diente*”) por ello, los reemplaza por los términos delito y pena” (Villavicencio F., 2009, p. 50).

Por otro lado, el límite o la medición de la pena, se fundaba en la devolución de la misma cantidad de dolor al que cometió el delito: el Talió. “Reyes Echandía (1976), explica que la retribución moral supone que el delito es infracción al deber ético y señala que la conciencia exige que sea retribuido con la pena” (Villavicencio F., 2009, p. 50). Esta medida de la pena, debía ser impuesta por el estado civil, e incluso si el estado mismo resolviese su pacto, debía de imponerse pena hasta al último delincuente, pues de lo contrario el pacto no rescindiría, y el pueblo sería partícipe de la injusticia, este argumento de la ideología de IMMANUEL KANT, parte de su idealismo de buscar derechos a partir de los deberes. El profesor FELIPE VILLAVICENCIO citando a JACOBS, ha explicado el fin de la pena según KANT de la siguiente manera:

“[KANT] Considera al hombre como un fin en sí mismo y señala que no es lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. No sería éticamente admisible

fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social, que considere a la persona como un medio para los propósitos de otros y se la confunda con los derechos reales. Por consiguiente, la pena está libre de fines que pudiera llevar, y solamente se funda en el imperativo categórico” (Villavicencio F., 2009, p. 50).

1.2.3. Teoría Retributiva de HEGEL

En el siglo XIX, la clase industrial legitimó un poder punitivo sin límites para ejercer control disciplinariamente sobre la sociedad urbana. Este control, propició la decadencia del pensamiento, ubicando a los seres humanos dentro de una clasificación como seres civilizados y seres salvajes. Para los primeros, la pena debía ser impuesta con medida aplicando la Ley del Talión; pero para los segundos, no se les reconocía la dignidad, y sin dignidad eran incapaces de tener libertad, por tanto, no debía de aplicarse la Ley del Talión, sino debían ser tutelados o colonizados.

Los seres civilizados, fueron conceptualizados como humanos superiores, como humanos con potencialidades ilimitadas, aboliéndose así, el pensamiento kantiano del ente limitado. “La filosofía dejaba de buscar los límites humanos para pasar a indagar los principios infinitos. Ésta fue la tarea del romanticismo en sentido amplio” (Zaffaroni E., 2005, p. 224), siendo su principal impulsador, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, para quien lo infinito era la razón, pero la razón no entendida como algo útil que el humano usa para conocer las cosas; sino, como un principio, como una fuerza impulsadora para el progreso humano y su espíritu. Este avance del espíritu se da a través de tres estadios, como bien lo explica el profesor ZAFFARONI:

“El espíritu avanza también a través de tres estadios: el subjetivo (tesis), en que el humano logra la libertad porque alcanza la conciencia de sí mismo (autoconciencia); el objetivo (antítesis), en el que el humano ya libre se relaciona con otros humanos también libres; y el del espíritu absoluto (síntesis), en el que el espíritu de la humanidad se eleva por sobre el mundo” (Zaffaroni E., 2005, p. 224).

En consecuencia, el humano que se encontraba al menos en el estadio objetivo, es decir, que tenía la destreza de relacionarse con otros humanos, era libre y podía determinar su conducta conforme a esa libertad, teniendo relevancia jurídica; por lo que, encontrarse en el estadio objetivo, importaba ser un ser racional y digno de una pena retributiva. Dentro de un contexto de libre albedrío, en el que un sujeto podía

lesionar el derecho de otro, el delito se presentaba como la negación del derecho, y siendo la pena la consecuencia lógica para quien negaba un derecho, la pena era la negación del delito, y ante la regla de la negación de la negación, la pena como retribución afirmaba la existencia del derecho antes lesionado. La pena, entonces para HEGEL, tenía fundamento cuando se imponía como una retribución jurídica; es decir, según lo explica “Reyes Echandía (1989) cuando se (...) considera al delito como la rebelión del particular contra la voluntad de la ley y, por ende, se exige como reparación la pena, reafirmando así la voluntad del Estado” (Villavicencio F., 2009, p. 54).

1.3. TEORÍAS RELATIVAS O DE LA PREVENCIÓN

Las teorías relativas o de la prevención, comenzaron a ser difundidas desde inicios del siglo XIX (1830). “Reciben el nombre de teorías relativas, pues “a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales”” (Mir Puig S., 2009, p. 54). Estas teorías tienen como génesis, la racionalidad del humano, y se fundan en que la pena es un bien para el individuo y la sociedad, y que debe lograr fines ulteriores, principalmente evitar la comisión de futuros delitos mediante el uso de la persuasión devenida de la experiencia propia de cumplir una pena (prevención especial), y el de la sociedad que al ver la imposición de una pena a otro sujeto, éste evite su imposición (prevención general).

1.3.1. Prevención General Negativa

En la prevención general negativa, el mensaje que proyecta la imposición de una pena está dirigido hacia la sociedad. Tiene como finalidad intimidar, generar miedo o terror para evitar que quienes no delinquieron, no lo hagan en el futuro.

El principal impulsador de la teoría de la prevención general negativa mediante la imposición de una determinada pena contenida en una norma legal, fue PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH. Para este pensador, la pena descrita en la norma debía provocar una inhibición psicológica a cada individuo, lo que lograría anticipar la lesión de un bien jurídico. Esta especificidad de la pena en la norma, dio origen al principio de legalidad representado en la máxima en latín “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (“no hay crimen, ni pena sin ley”); ya que, para que la pena sea eficaz, debía estar primero descrita en un texto legal. El profesor ROXIN, entendiendo

el pensamiento de FEUERBACH sobre el efecto que debía tener la imposición de la pena en la psiquis del individuo, argumenta:

“[FEUERBACH] Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujaban hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había de provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una “coacción psíquica” para abstenerse de la comisión del hecho” (Roxin C., 1997, p. 90).

Las infracciones tenían un fundamento psicológico. Ésta infracción se veía suprimida, cuando el individuo motivado por el placer de cometer un delito, conocía la magnitud de la pena. Entonces, el principal objetivo de ésta teoría, era el conocimiento de la consecuencia del delito, y la materialización o imposición de ésta, era suplementaria. Esta postura innovada por FEUERBACH a la teoría de la prevención general negativa ha tenido cuestionamientos, siendo algunas de ellas: que no todo individuo había leído la norma penal y por tanto tener conocimiento de la conminación de la pena; que el humano se veía restringido de usar su raciocinio en la comisión de determinados delitos, por lo que, en esos casos la inhibición por el contenido de la pena resultaría inútil.

Por otro lado, el inglés JEREMY BENTHAM, impulsaba la prevención general negativa desde la disuasión por la ejecución de la pena. La representación de ésta teoría, se daba a través del “panóptico”, explicado por el profesor GARCÍA CAVERO, como: “(...) un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde donde fuera cómo los condenados cumplían sus penas en prisión” (García P., 2008, p. 48). Ésta postura también fue criticada, ya que instrumentalizaba al condenado para disuadir al ciudadano libre de no cometer delitos.

1.3.2. Prevención General Positiva

La finalidad buscada por la prevención general positiva en la psiquis de cada ciudadano, era generar la convicción de que pena reafirme la protección de bienes jurídicos, basado en que la lesión de los mismos desobedecía a un actuar ético-social.

El origen de este pensamiento, se le atribuye a HANS WELZEL, para quien “[la] finalidad jurídico de la pena es el delito, es decir, la acción intolerable para el grupo sometido a un orden jurídico, particularmente reprochable desde el punto de vista ético-social (...)” (Welzel H., 1956, p. 42).

Esta línea de pensamiento también fue acogido por el profesor GÜNTHER JAKOBS. Habíamos anticipado ya, que la finalidad de la pena para éste dogmático, era reafirmar la vigencia de la norma como modelo de orientación para las interacciones sociales. Ha explicado cómo se produce la reafirmación de la confianza en las normas por parte de las personas, de la siguiente manera:

“La sola expectativa consistente en quien participa en el contacto social va a querer respetar las normas no hace planificables tales contactos, ya que la otra no sólo debe tener la voluntad de respetar el orden, sino que debe también saber cuándo está ante el comportamiento normativamente regulado” (Jakobs G., 1995, p. 11).

La objeción a esta teoría, esencialmente a la postura de WELZEL, que resalta el profesor GARCÍA CAVERO, está principalmente aludido a los valores ético-jurídicos de la norma que están obligados a cumplir los integrantes de la sociedad, así explica que “(...) esta teoría tendría cierto corte autoritario al imponer a los ciudadanos ciertos valores éticos-sociales de carácter elemental” (García P., 2008, p. 51).

1.3.3. Prevención Especial Negativa

La prevención especial negativa o individual, está conducido a influir directamente sobre el delincuente, mediante la ejecución de la pena impuesta a consecuencia de una infracción para que no vuelva a delinquir.

La vertiente de la prevención especial negativa, fue desarrollada por RAFAEL GARÓFALO, quien calificó al delincuente como un ser degenerado e inferior que debía de ser eliminado para dar cumplimiento a la “Ley de la Selección Natural” creada por Darwin. En su intento por explicar su teoría del delito natural, determinó la existencia de los sentimientos básicos de piedad y justicia, y quienes violaban estos sentimientos debían ser neutralizados, manteniéndolos alejados de la sociedad para no volver a generar peligro; mientras quienes los desconociesen, debían ser muertos; por lo que, finalidad de la pena y su ejecución, era el alejamiento del delincuente de la sociedad.

1.3.4. Prevención Especial Positiva

A diferencia de la prevención especial negativa, en el que el ideal era instrumentalizar al delincuente para neutralizarlo con su alejamiento de la sociedad, la prevención especial positiva, lo que busca es asignarle a la pena la función reeducadora, resocializadora e integradora del delincuente a través del tratamiento penitenciario; por lo que, el efecto de la ejecución de la conminación de la pena está dirigida al delincuente.

El portavoz de esta teoría, fue el político criminal FRANZ VON LISZT, quien trató de verdadera ciencia a la criminología y le dio el carácter instrumental por necesidad al derecho penal. La teoría de la pena como fin, fue profundizada por VON LISZT en 1882 en el “Programa de Marburgo”, donde se establecía diferentes tratamientos a los delincuentes: “(...) la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible” (Roxin C., 1997, p. 86). Es de advertir, que VON LISZT se encontraba convencido que algunos delincuentes podían volver a la interacción social, mientras que otros no; pues, para los casos en que debía aplicarse la intimidación y corrección, la pena cumplía una función disuasoria y educativa que permitía la reinserción del penado a la sociedad, pero para el delincuente habitual, quien lo concibe como irrecuperable, su internamiento era de ser perpetuo.

1.4. TEORÍAS MIXTAS, UNIFICADORAS O DE UNIÓN

La unificación de las teorías *—o posturas dentro de ellas—* precedentemente expuestas, dan origen a las teorías mixtas. Estas teorías mixtas, resaltan que la perspectiva retributiva y de prevención que proponen las teorías absolutas y relativas, pueden ser útiles, siempre y cuando sean complementadas entre sí una vez superado los defectos y excesos de las mismas, ello con el ideal de lograr los fines de justicia y utilidad con la imposición de la pena.

Puede creerse falazmente que, ante la conciliación que se pretende alcanzar con una teoría unificadora de corte retributivo-preventivo, se propicie una teoría mixta sin objeciones; sin embargo, el posible acogimiento arbitrario de alguna postura de las teorías para fundamentar la pena impuesta por el juez, ha generado discusión.

Esta discusión, llevó al profesor CLAUS ROXIN a desarrollar un estudio sobre la función que cumple la pena desde su conminación hasta su ejecución, formulación que se le conoce como “Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin”. Esta teoría unificadora, explica que en la génesis de la pena, ésta cumple una función preventivo general cuando se encuentra tipificado en una norma legal, pues siendo la norma legal anterior a la comisión del delito, no podría existir una retribución ni prevención respecto de quien comete la infracción; por lo que, el mensaje sobre la magnitud de la pena sólo está dirigido a la sociedad, cumpliéndose así la función preventiva general mediante el uso del dispositivo legal, que además, protege bienes jurídicos por parte del Estado. Posteriormente, cumple la función preventiva general y especial, cuando es ponderada por un juez e impuesta al sujeto según su culpabilidad. Recordemos, que la culpabilidad es un elemento de la teoría retribucionista; respecto a ello, el profesor ROXIN ha argumentado que: “[e]n una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención” (Roxin C., 1997, p. 98); empero continúa deponiendo que: “(...) a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena” (Roxin C., 1997, p. 98); es decir, rechaza la teoría retribucionista de imponer una pena retributiva inferior a la culpabilidad, pero admite este elemento y lo usa como instrumento para graduar una pena justa. ROXIN al referirse a la culpabilidad, opina lo siguiente: “El principio de culpabilidad, tiene una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en el Derecho Penal moderado” (Roxin C., 1997, p. 100). Y finalmente, la última etapa de la vida de la pena, ésta cumple la función especial en el ejecutamiento de ella por el condenado con la finalidad de lograr su resocialización.

Por su parte, EBERHARD SCHMIDHÄUSER había desarrollado anteriormente la teoría diferenciadora mediante el estudio de la pena desde sus teorías. La teoría de la prevención general era entendida para este dogmático, cuando el fin de la pena debía estar encaminada a evitar la ejecución completa del delito, y ante el escenario de que el infractor mereciera una pena, con su imposición se lograba mantener la paz social. Así también, las teorías cumplían una función según los sujetos involucrados con la ejecución de la pena: ésta tenía la función de protección de bienes jurídicos cuando

estaba conminada en una norma creada por un legislador; así también, se cumplía con la búsqueda de la averiguación de la verdad por parte de los organismos persecutores de la acción penal; la imposición por parte de un juez debía ser justa y con miras a la prevención especial; se cumplía con la resocialización por medio del órgano penitenciario; y, la función reconciliadora cuando el penado cumplía su pena y se reinsertaba en la colectividad.

1.5. FINES DE LA PENA EN EL PERÚ

Los fines que persigue la pena en el Perú, tiene como principal fuente formadora los derechos, deberes y libertades contenidos en los Pactos, Declaraciones y Convenciones Internacionales del que hemos asumido el compromiso como Estado Miembro. Ante la aprobación y/o ratificación por parte del Congreso y/o el Presidente de la República¹ de estas convenciones que automáticamente conforman nuestra normativa nacional mediante el uso del control de convencionalidad, se ha moldeado con el transcurso del tiempo, nuestra Constitución Política, Códigos y Jurisprudencia.

1.6. PACTOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR EL PERÚ Y LOS FINES DE LA PENA

1.6.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, anticipó a la Declaración Universal de Derechos Humanos y creó la Organización de los Estados Americanos (OEA). Su preámbulo evidencia el interés del reconocimiento de la dignidad de los hombres que lo hace iguales a sus semejantes; y, que sus deberes y derechos deben ser conducidos para alcance de la más noble cultura.

Si bien, el valor jurídico de esta Declaración ha sido cuestionado, ya que no forma parte de la Carta de la OEA y no se le dio la naturaleza de tratado; no obstante, es posible afirmar que el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ha servido de base para la creación de las disposiciones de la

¹ Según lo dispuesto por los artículos 55°, 56° y 57 de la Constitución Política del Perú de 1993; artículos de la Ley N° 26647 – Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano; y, la Resolución Legislativa del Congreso N° 017-2003-CR – Resolución Legislativa que modifica los artículos 76 y 92 del Reglamento del Congreso, para el perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados con el Estado Peruano.

Declaración Universal de Derechos Humanos relacionados con la pena; principalmente, mediante el reconocimiento de la dignidad humana se evitó la imposición de penas crueles, como lo anota la última frase del mencionado texto:

“**Artículo XXVI:** Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas. (...)” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948).

1.6.2. Declaración Universal de Derechos Humanos

Adoptado y declarado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948 en París, la Declaración Universal de Derechos Humanos, según su exposición de motivos, refleja que la intención de la misma tiene como fundamento el reconocimiento de la dignidad intrínseca del humano, el respeto de los derechos iguales e inalienables que tiene cada ciudadano propiciando una convivencia pacífica sin rebeliones, y recuerda que los gobiernos se comprometen a cooperar y lograr el respeto universal.

El Perú, mediante Resolución Legislativa N° 13282 de 09 diciembre de 1959, aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, con lo que se obliga al cumplimiento de sus disposiciones. Así pues, los artículos referidos a la imposición de penas del texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, son los siguientes:

“**Artículo 5°:** Nadie será sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (...) **Artículo 10°:** Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. **Artículo 11°: 1.** Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. **2.** Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la

aplicable en el momento de la comisión del delito. (...)” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

El reconocimiento de la dignidad humana, supone que el sujeto sometido a un internamiento preventivo o en la ejecución de una sentencia condenatoria, ambos en un establecimiento penitenciario, no deje de ser sujeto de derechos; por lo que, se prohíbe el sometimiento a tratos crueles e inhumanos que extralimiten el *ius puniendi* ejercido por el Estado.

1.6.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, entra en vigor el 23 de marzo de 1976 por disposición de su artículo 49°. Apoya el ideal del reconocimiento inherente de la dignidad, los derechos iguales e inalienables de la persona que inicialmente fue establecida en las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pero además, denota que es necesario la creación de condiciones para que la persona goce con plenitud de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Mediante Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978, el Perú ratifica el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, adhiriéndose a sus 53° artículos, de los cuales los relacionados con la pena y sus fines, se tienen a:

“**Artículo 7°:** Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (...) **Artículo 10°:** **1.** Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. **2. a)** Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. **b)** Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. **3.** El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y estarán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. (...)” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

Se trata, de los primeros artículos manifiestos contenidos en un Convenio que apoya la teoría de la prevención especial positiva, al consagrar en sus líneas, que el objeto el régimen penitenciario, es la reforma y readaptación del penado a la sociedad mediante un procedimiento distinto a aquel que se encuentra procesado por la comisión de un delito, sin dejar de lado, que esta reforma no vulnere los derechos fundamentales de la persona.

1.6.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conocida con la denominación Pacto de San José, fue expedida en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos llevada a cabo desde el 7 al 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica. De su preámbulo, se colige el interés de que sea reconocido por todo el Continente, los derechos de la persona humana adquiridos por su condición de tal, entendiendo que estos derechos no deben su existencia a la nacionalidad de algún estado; por lo que, su reconocimiento y protección debe ser internacional.

Aprobada por el Estado Peruano mediante Decreto Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978, incorporó numerosos artículos relacionados a la pena y sus fines, entre los más importantes se tienen:

“**Artículo 5°: (...) 2.** Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada por su libertad será tratada con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. **3.** La pena no puede trascender de la persona del delincuente. (...) **6.** Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. (...) **Artículo 8°: 1.** Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

El baluarte sobre el fin preventivo especial positivo que cumple la pena con su imposición establecido por el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, fue reafirmado por los artículos precedentes de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos. Empero, además de la prohibición de imponer penas crueles, ésta debe determinarse con arreglo a la culpabilidad, lesividad y legalidad de la conducta, sin trascender de la persona del delincuente.

1.7. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y LOS FINES DE LA PENA

La historia del constitucionalismo peruano, específicamente respecto a la regulación de las penas basada en la inviolabilidad de la vida y dignidad humana, tuvo su génesis con el texto de los artículos 25^{o2} y 115^{o3} de la primera Carta Magna aprobada por el Congreso Constituyente en el territorio peruano, la Constitución Política de la República Peruana de 1823. El primero de los artículos mencionados, establecía las causales de la pérdida de la ciudadanía cuando de la imposición de la pena aflictiva o infamante no se alcanzaba la rehabilitación; y, el segundo, abolía la imposición de penas crueles y de infamia trascendental. En términos semejantes, la Constitución Política del Perú de 1826 o “Constitución vitalicia” que duró pocos meses a causa de la impopularidad por ser una constitución aristócrata y jerarquizada, en el artículo 122^{o4} trató la abolición de penas crueles o de infamia trascendental, pero omitió abordar el carácter rehabilitador de la pena.

Por su parte, la Constitución Política de la República Peruana de 1828, en sus artículos 5^{o.1)}⁵ y 129^{o.4)}⁶, repitió las disposiciones de los artículos 25^o y 115^o de la Carta de 1823, nuevamente sin hacer mención al carácter rehabilitador de la pena.

Fue la Constitución Política de la República Peruana de 1834, la que de manera expresa señaló en el artículo 157^{o7} que las cárceles eran lugares de seguridad y no de castigo, y que toda severidad inútil a la custodia de los presos se encuentra prohibida.

² Constitución Política de la República Peruana de 1823, “Artículo 25^o: Se pierde el derecho de ciudadanía únicamente: (...) 2. Por imposición de pena aflictiva o infamante, si no se alcanza rehabilitación: la que no tendrá lugar en los traidores a la Patria, sin pruebas muy circunstanciadas a juicio del Congreso”.

³ Constitución Política de la República Peruana de 1823, “Artículo 115^o: Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El Código Criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente la merezcan”.

⁴ Constitución Política del Perú de 1826, “Artículo 122^o: Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El Código Criminal limitará en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital”.

⁵ Constitución Política de la República Peruana de 1828, “Artículo 5^o: El ejercicio de los derechos de ciudadanía se pierde: (...) 1.- Por sentencia que imponga pena infame, si no se alcanza rehabilitación conforme a ley”.

⁶ Constitución Política de la República Peruana de 1828, “Artículo 129^o: Quedan abolidos: (...) 4.- Toda pena cruel y de infamia trascendental”.

⁷ Constitución Política de la República Peruana de 1834, “Artículo 157^o: La Cárcel es un lugar de seguridad y no de castigo: toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida”.

Éste artículo sobre la seguridad de las cárceles, fue transcrito en el artículo 165^{o8} de la Constitución de la República Peruana de 1839, Carta a la que se le reconoce, principalmente, el tratamiento del bicameralismo en el Perú.

Con la Constitución de la República de Perú de 1856, que a tenor de la frase “La sociedad no tiene derecho de matar” acuñada por el diputado José Gálvez Egúsquiza, quien además fue artífice de esta Constitución, abanderó la abolición de la pena de muerte, proscribiéndolo así en el texto del artículo 16^{o9}. Sin embargo, el conflicto ideológico de la época entre el sector liberal precedido por los hermanos Pedro y José Gálvez Egúsquiza y el sector conservador encabezado por Bartolomé Herrera, generó que a poco tiempo, el Congreso reimplantara la pena de muerte limitado al homicidio alevoso en el artículo 16^{o10} de la Constitución Política del Perú de 1860, esgrimiéndose el fundamento por parte de sus defensores, de una protección de la vida del delincuente a costa de la vida de los demás ciudadanos.

Impulsada por Mariano Ignacio Prado, se inició la reforma constitucional en agosto de 1867; en el que, además de tener la intención de modificar e incorporar artículos compatibles con la sociedad de la época, tanto político, laboral como religioso, se insistió en la abolición de la pena de muerte, reincorporándose el texto en el artículo 15^{o11}; y, decanta el sentimiento humanitario sobre la prohibición de toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos, ello dispuesto en el artículo 18^{o12} de la Constitución Política del Perú de 1867. Dicha reincorporación del artículo 15^o, evidencia que en la historia constitucional peruana, existieron dos constituciones abolicionistas de la pena inhumana de muerte: la de 1856 y la de 1867. Pero, su vigencia duró pocos meses a causa de la revolución liberal que derrocó a Prado; por lo que, se restituyó las disposiciones sobre la pena de muerte contenida en la Constitución de 1860, manteniéndose vigente finalmente por casi sesenta años.

⁸ Constitución Política de la República Peruana de 1839, “Artículo 165^o: Las cárceles son lugares de seguridad, y no de castigo. Toda severidad inútil a la custodia tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes”.

⁹ Constitución de la República de Perú de 1856, “Artículo 16^o: La vida humana es inviolable, la ley no podrá imponer pena de muerte”.

¹⁰ Constitución Política de Perú de 1860, “Artículo 16^o: La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado”.

¹¹ Constitución Política del Perú de 1867, “Artículo 15^o: La vida humana es inviolable: la ley no podrá imponer pena de muerte”.

¹² Constitución Política del Perú de 1867, “Artículo 18^o: Las casas destinadas a la detención, son lugares de seguridad y no de castigo”.

Fue la Carta Magna de 1920 aprobada durante el gobierno de Augusto B. Leguía, la que además de crear prioritariamente los derechos de segunda generación, incorpora disposiciones sobre las comunidades indígenas, la participación política y el derecho de propiedad, incorporó la pena de muerte en su artículo 21^{o13}, en caso de comisión de homicidio calificado y traición a la patria. Empero, la Carta incluía en el artículo 27^{o14} lo innovado por la derogada Constitución de 1867, sobre la prohibición de toda severidad innecesaria para la custodia de los presos; y además, la proscripción de imponer tormentos, castigos o penas infames.

Durante el gobierno de Luis Sánchez Cerro, se aprueba la Constitución Política del Perú de 1933, siendo uno de los documentos más determinantes para la concreción de los derechos sociales, culturales y económicos. La Carta, reafirmaba la vigencia de la pena de muerte en casos de traición a la patria y terrorismo, según lo prescrito en su artículo 140^{o15}; pero además el artículo 139^o inciso 22)¹⁶, creó el principio humanitario de las penas y estableció que la finalidad del régimen penitenciario es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, con lo que expresamente determinó el punto de partida de la función que cumplía la pena mediante su imposición y se le daba el corte humanitarista a la Carta a diferencia de las disposiciones del Código Penal de 1924, que no había tratado dicho principio ni el objeto del régimen penitenciario.

Años más tarde, el paso de una dictadura militar hacia la democracia, fue el escenario para que la Asamblea Constituyente fuera convocada para la promulgación de la Constitución para la República del Perú de 1979. Una Carta con defensores y detractores, brindó uno de los más importantes aportes al constitucionalismo peruano, creó e introdujo el control concentrado a través del Tribunal de Garantías Constitucionales. Por otro lado, el establecimiento manifiesto de artículos para la aprobación de tratados internacionales sobre derechos humanos, no hizo otra cosa que reafirmar la obligación adquirida, hasta

¹³ Constitución para la República de Perú de 1920, “Artículo 21^o: La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y el de traición a la Patria, en los casos que determine la ley”.

¹⁴ Constitución para la República de Perú de 1920, “Artículo 27^o: Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Está prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos. La ley podrá establecer tormentos, castigos ni penas infames. Quienes lo ordenen o ejecuten serán penados”. (Existe –pues de la lectura puede evidenciarse la omisión– un error en la redacción, pues debió ser “La ley no podrá establecer tormentos (...)”)

¹⁵ Constitución Política del Perú de 1933, “Artículo 140^o: La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

¹⁶ Constitución Política del Perú de 1933, “Artículo 139^o: Principios de la Administración de Justicia. (...) 22) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

entonces, por el Perú como Estado Miembro de las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en 1959, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos ratificado en marzo 1978, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en julio de 1978.

Adjudicándose los preceptos de los Convenios Internacionales sobre la pena y la función que debe cumplir la imposición de la misma, la Carta Marga de 1979, apunta, al igual que sus predecesores abolicionistas de las penas inhumanas y el objeto del sistema penitenciario, lo siguiente:

“**Artículo 234°:** Nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede solicitar al Juez que ordene de inmediato el examen médico de la persona privada de su libertad, si cree que esta es víctima de maltratos. El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal. **Artículo 235°:** No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior. (...)”¹⁷.

En 1992, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, el entonces presidente Alberto K. Fujimori Fujimori propició el autogolpe de Estado, se disolvió el Congreso y se convocó a un Congreso Constituyente Democrático para la redacción de nuestra Carta Magna. Tras el referéndum de 1993, expedición y promulgación, nuestra Constitución Política del Perú de 1993, retomó algunas instituciones que habían sido innovadas por las Constituciones precedentes, pero que por el contexto social, político y económico habían perdido importancia, se reconoció el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas, se reforzó el modelo unicameral del Poder Legislativo y se crearon límites al ejercicio del poder, tanto del Legislativo como al del Ejecutivo. En relación, a la pena y el fin que debe cumplir con su conminación, la Carta de 1993, anotó literalmente el segundo párrafo del artículo 234° de la Constitución antecesora respecto al objeto de la pena, pero complementó las estipulaciones sobre la prohibición de tratos inhumanos y los supuestos para la imposición de la pena de muerte:

“(…) **Artículo 2°, inciso 24), apartado h):** Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella

¹⁷ Constitución para la República del Perú, 1979, Artículos 234° y 235°.

imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. (...) **Artículo 139°, inciso 22):** El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. **Artículo 140°:** La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratos de los que el Perú es parte obligada. (...)”¹⁸.

Una interpretación conjunta, prioritariamente de los artículos relacionados con el objeto del régimen penitenciario en los Pactos Internacionales y el artículo 139° inciso 22) de nuestra Constitución vigente, demuestra que en un Estado social y democrático de Derecho, como lo es el Perú, el “Derecho penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés de una convivencia armónica, de bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona”. Esta finalidad, será materializada, mediante la imposición de una pena por un Juez Penal en la medida de la culpabilidad del infractor, se le permita llevar a cabo un proceso educativo para que el penado o condenado logre su reincorporación a la sociedad.

1.7.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Las teorías de la prevención general y especial, e incluso únicamente el elemento retributivo de las teorías absolutas que *—a mi punto de vista—* es inherente a la imposición de una sanción, gozan de aceptación en el ámbito constitucional. En la praxis, el Colegiado que ha integrado a lo largo del tiempo el Tribunal Constitucional, ha esgrimido fundamentos que apoyan tal tesis; por lo que, abordaré únicamente, aquellos argumentos de los principales fallos del Tribunal Constitucional, referidos a los fines que cumple la pena en el Estado peruano.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 03 de enero de 2003, recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC Lima, caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, en los Fundamentos N° 179 y 180, reafirmó lo que desde nuestra Carta Magna de 1993 anotó sobre el objetivo del régimen penitenciario, apoyando así la teoría de la prevención especial positiva, señalando lo siguiente:

¹⁸ Constitución Política del Perú, 1993, Artículos 2°, 139° y 140°.

“Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta debe cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación” “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad”.

Más adelante, sobre el elemento retributivo inherente a la imposición de una pena y el carácter rehabilitador de la acotada, en el Fundamento N° 188 se subraya que:

“El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad”.

Al ser una sentencia que cuestionaba principalmente la intemporalidad de la cadena perpetua –*en ese entonces, de una pena que tenía un comienzo, pero sin un término*–, bajo el fundamento que era irremediable la vulneración de los principios previstos en el artículo 139° inciso 22), los derechos a la libertad y la dignidad humana, se esgrimió

fundamentos importantes sobre el ideal que cumple la pena con su imposición, recogidos después por otras sentencias. Así pues, se tiene de los Fundamentos N° 11 y 12, de la STC recaída en el Exp. N° 0331-2010-PCH/TC Lima de 07 de setiembre de 2010, sobre el carácter rehabilitador de la pena temporal y los principios que vulneraría con su atemporalidad:

“El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad, no la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que puede no compartir, más por el contrario no puede proscribirse su reinserción a la sociedad. En este sentido, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador que, por un lado, no puede ser vaciado de contenido, y de otro tiene incidencia en el derecho a la libertad personal en cuanto se gradúe el cuántum de la pena, pues necesariamente debe configurarse en armonía con las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Al respecto debe indicarse que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de dicha pena. Así en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N.° 010-2002-AI/TC se señaló que la cadena perpetua resulta vulneratoria de la libertad personal, de la dignidad humana y del principio resocializador de la pena (artículo 139, inciso 22, de la Constitución) porque: (...) de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria”.

Posteriormente, los esfuerzos por declarar la inconstitucionalidad de la cadena perpetua por ser contraria a las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación como fines del régimen penitenciario, la libertad personal y la dignidad humana, revela que el baluarte del fin de la pena es la obligación del legislador en conminar una pena con fecha de culminación, que permita al penado reinsertarse a la sociedad. Dichas razones, fueron recogidas por la STC expedida en el Exp. 009738-2006-HC/TC Lima, de 12 de noviembre de 2007, en los Fundamentos N° 4 y 5:

“Con posterioridad al dictado de la referida sentencia, mediante Ley 27913 el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos, entre otros temas, la adecuación del régimen jurídico de la cadena perpetua. En mérito de dicha ley autoritativa el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo 921, cuyo artículo 1 incorporó la institución de la revisión de la pena de cadena perpetua cuando se cumpliesen 35 años de privación de libertad. Asimismo en virtud del artículo 4 del mismo decreto legislativo se dispuso la incorporación de un capítulo en el Código de Ejecución Penal, denominado "Revisión de la pena de cadena perpetua", que tiene por finalidad precisar el procedimiento de dicha revisión. Dicho régimen también fue materia de pronunciamiento de este Tribunal, el que declaró que con el régimen jurídico de la cadena perpetua establecido en el Decreto Legislativo 921 han sido salvadas las objeciones de inconstitucionalidad. Es por ello que conforme al criterio adoptado por este Tribunal, la pretensión debe ser desestimada”.

Los fines que persigue la teoría retribucionista absoluta, fue objeto de cuestionamiento por Tribunal Constitucional, en la STC de fecha 21 de julio de 2005 expedida en el Exp. N° 0019-2005-PI/TC – Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, así los Fundamentos N° 37 y 38 apuntan que:

“Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática”.

Así también, sobre el acogimiento a las teorías de la prevención general y especial de la pena por parte de la normativa Constitucional, la STC recaída en el Exp. N° 05559-2009-PHC/TC Lima de 03 de junio de 2010, ha explicado que:

“La Constitución señala en su artículo 139°, inciso 22 que el régimen penitenciario tiene por objeto “la reeducación, rehabilitación e incorporación del penado a la sociedad”. A ello, debe agregarse que el artículo 1° señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En consecuencia, no es arriesgado afirmar que nuestra Constitución recoge la teoría de la prevención especial y general de la pena, según la cual la persona humana no pierde su condición de sujeto de derecho *por mor* de su internamiento en un establecimiento penitenciario. Antes bien, las normas antes glosadas permiten concluir que la ejecución de la pena no sólo debe dejar intactos los atributos que se derivan directamente de la personalidad del recluso (si bien con las limitaciones propias que conlleva todo régimen penitenciario) sino que, además, debe orientarse a obtener su plena resocialización o reinserción en la sociedad. (...) Ahora bien, es verdad que la comisión de un delito debe ir acompañada necesariamente del reproche penal impuesto desde el Estado, pues de esta forma se pone a la sociedad a salvo de los peligros y se genera en ella un importante sentimiento de confianza en el sistema de justicia. Pero lo que no se puede tolerar, desde ningún punto de vista, es que bajo dicho argumento se terminen vulnerando los derechos fundamentales de las personas que purgan condena, o se encuentran internados en establecimientos penitenciarios lo cual sólo podría significar una extralimitación del *ius puniendi* ejercido por el Estado. La pena no es, por tanto, una venganza que el Estado deba aplicar retributivamente al condenado, como tampoco es un título habilitante para desconocer sus derechos fundamentales. Y es que así como las personas no pierden su condición humana o su dignidad por el hecho de purgar condena en un penal, así tampoco la protección de sus derechos puede ser vista como una “concesión” o una “gracia” que pueda otorgarse discrecional o excepcionalmente, o cuando las circunstancias así lo aconsejan. Antes bien, conviene tener en cuenta que si algo caracteriza a los derechos fundamentales, ello es precisamente que su aplicación no hace distinciones entre las personas que son sus titulares. Mal haríamos, por tanto, entendiendo que la protección de los derechos de los reclusos significa atentar contra los fines que persigue la pena en el Estado

constitucional de Derecho, del mismo modo que sería errado interpretar que dicha protección implica perdonar, avalar o premiar el delito perpetrado, u ofender a las víctimas”.

En un Estado social y democrático de Derecho, la función preventiva que la pena cumple, fue explicada en los Fundamentos N° 9 y 10 de la STC de 15 de diciembre de 2006, expedida en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC, del siguiente modo:

“En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros. Lo antes expuesto exige precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC, que “(...) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. (...) Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución)”. [FJ 40]”.

Más adelante, el 19 de enero del 2007, el Tribunal Constitucional emitió sentencia en el Exp. N° 00014-2006-AI/TC, en el que, además de explicar la aceptación de los objetivos de la teoría preventiva especial y general por encontrarse acordes con el

principio-derecho de la dignidad humana; el Fundamento N° 07, realiza una división del fin de la pena en dos fases en la teoría preventiva especial, de la siguiente manera:

“De otro lado, la teoría de la prevención especial -también denominada teoría de la retribución relativa- centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución, cuando señala que “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad””.

Es preciso acotar que la precitada Sentencia, cita el argumento de la STC en el Exp. 0003-2005-PI/TC, sobre sí existe la posibilidad de alcanzar los fines de la pena ante un enigmático Derecho Penal del enemigo. Ante ello, subraya en su Fundamento N° 4 y 5:

“En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado que “(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación”. Prosigue: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático (...)””.

Por su parte, la teoría de la prevención general positiva y negativa, fue abordada por la STC de 11 de noviembre del 2011, expedida en el Exp. N° 00012-2010-AI/TC (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional), en la *litis* sobre eliminación del acceso a la concesión de beneficios penitenciarios por la comisión de delito de violación sexual de menores de edad, en los Fundamentos N° 16, 17 y 18:

“De otra parte, la eliminación de la posibilidad de indulto, de conmutación de pena, de gracia, y de concesión de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, de semi-libertad y de liberación condicional, es representativa de la voluntad del legislador de que en los casos de condenas por los delitos de violación de menores de edad, el quantum de la pena impuesta se ejecute en su totalidad. Ello tiene por finalidad, en primer término, optimizar el fin preventivo general de las penas en su vertiente negativa, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el Derecho penal, en este caso, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad. (...) En segundo lugar, la medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de prevención general en su vertiente positiva. Claus Roxin describe este fin como el “ejercicio de la confianza en el derecho” que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (cfr. “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en: Julio B. Maier (compilador), Determinación judicial de la pena, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28). En esa línea, este Tribunal ha sostenido que por vía de la imposición y ejecución de la pena “se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...) (artículo 44° de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención [general] en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental

a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución)” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 40)”.

En efecto, según los argumentos esgrimidos de la jurisprudencia Constitucional, se concluye que la misma se adscribe a la teoría dialéctica de Roxin. La pena cumple determinadas funciones desde su conminación hasta su ejecución; es decir, la finalidad con la imposición de esta sanción, debe materializarse en el ámbito legislativo, judicial y penitenciario. Cabe precisar que, cuando aludo a pena, me refiero en un sentido estricto sólo a la pena privativa de la libertad y no en sentido amplio a los supuestos de pena restrictiva de libertad, pena limitativa de derechos y multa, contenidos en el artículo 28º del Código Penal.

1.8. CÓDIGO PENAL PERUANO Y LOS FINES DE LA PENA

La codificación peruana, surgió por la interrelación e influencia de legislaciones penales internacionales, condicionada con la realidad social, política y jurídica del Estado en la época.

El primer paso de ésta codificación con influencia francesa e inglesa, se dio con la elaboración desde 1824 por parte de Manuel Lorenzo de Vidaurre designado por Simón Bolívar, del Proyecto de Código Penal presentada al Consejo Nacional y disertada en Boston en el año 1828. De la redacción de la exposición de motivos, Vidaurre citó a Beccaria, Filangieri, Lardizabal y Grocio para definir los fines de la pena, llegando a la conclusión sobre la utilidad de la misma:

“[La pena tiene] tres utilidades: utilidad del ofensor, de la patria y del ofendido; todas tres se pueden reducir a una sola, que es la utilidad común. A ella conviene que el que pecó no vuelva a pecar, y por eso se usa la pena, que sentida es el mejor freno de las pasiones. (...) Estas ideas de dolor y de placer se comparan con el alma; y el hombre no se determina al bien aparente, reflexionando en el mal verdadero. Gana con la satisfacción del ofendido la sociedad entera. Teme la reiteración, pero se tranquiliza al ver ofendido satisfecho, y al contemplar que ninguno puede impunemente ofender a otro: es la utilidad común pues, el fin de las penas”¹⁹.

¹⁹ “Proyecto de un Código Penal; contiene una explicación prolija de la entidad de los delitos en general, y de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas, al último se agrega una

Más adelante, en el “Axioma Séptimo” arguye que: “El fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero”. De tales argumentos de la parte expositiva, se colige que se trataba de una concesión a la teoría retribucionista, una orientación represiva fundada en el castigo para quien cometía el delito, omitiendo la regulación de las penas y fines preventivos en su cumplimiento.

Por otro lado, del catálogo de delitos del texto del Proyecto, puede advertirse, que las penas impuestas obedecían a “[l]a concepción clásica de la estricta legalidad, responsabilidad moral y pena-castigo” (Hurtado J., 2005, p. 115). Prevé la pena de muerte²⁰, sin especificar para qué delitos, sin embargo, puede colegirse del texto, verbigracia para los casos de traición a la patria²¹; y, las penas-suplicios o penas infames como textualmente describe la Ley N° 14²² de la parte Leyes Generales en el Código Criminal. Estas penas-suplicios, que comenzaron en la época Virreinal, se mantuvieron en la Colonia y perduró hasta en la República, evidencia el arraigo a la dureza de las penas influenciadas desde la implantación de la Santa Inquisición, mostrando inequívocamente una orientación hacia una prevención general negativa. Así por ejemplo, la Ley N° 2 de Delitos Privados, remarcaba en caso de parricidio que: “(...) Póngase una gorra que anuncie su crimen y al pecho colgado el retrato de la persona que asesinó”²³.

El Proyecto de Boston, estatúa genéricamente derechos, normas procesales y penas a delitos de carácter y comportamiento *—sobre todo—* moral. No se estableció adecuada y proporcionalmente la pena y como ésta iba a ser útil como medio de “represión” para lograr los fines que se proponía, razones que hicieron, que el Proyecto no se editara y pasó al olvido como una inveterada propuesta infructuosa.

disertación sobre la necesaria reforma del Clero, obra escrita por el ciudadano M. L. De Vidaurre”, impresa en Boston, por Hiram Tupper, 1828, p. 22.

²⁰ Proyecto del Código Penal de 1828, “Ley N° 47 de Leyes Generales en el Código Criminal: Toda acción criminal concluye con la muerte del reo; (...)”.

²¹ Proyecto del Código Penal de 1828, “Ley N° 1 de Penas: El que intente, disponga, ó formalise entregar la patria á un poder extranjero, ó darle la soberanía al Jefe de la república, á otro particular, ó tomarla para sí, ya sea con el nombre de rey, emperador, presidente vitalicio, ó cualquiera otro; sean cuales fueron las condiciones, que se señale, y sin atender mas, que al designio de construir un príncipe; muera como infame, (...)”. (Se deja a salvo en la transcripción, las erratas del texto del Proyecto de 1828).

²² Proyecto del Código Penal de 1828, “Ley N° 14 de Leyes Generales en el Código Criminal: Antes de los veinte cinco años no se pondrán penas infamantes”.

²³ “Proyecto de un Código Penal; contiene una explicación prolija de la entidad de los delitos en general, y de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas, al último se agrega una disertación sobre la necesaria reforma del Clero, obra escrita por el ciudadano M. L. De Vidaurre”, impresa en Boston, por Hiram Tupper, 1828, p. 223.

Una vez constituida la Confederación Perú-Boliviana, el General Jossef Andrés de Santa Cruz Calaumáná impuso en el Estado Sud-peruano la aplicación del Código Penal Boliviano –*una construcción inspirada en el Código Penal Español de 1822*– desde octubre de 1836 hasta febrero de 1839, en el que finalmente se decretó la disolución de tal Confederación.

A diferencia del Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, con un sistema de sanciones eminentemente represivas, el Código Penal Boliviano acentuaba en la pena, fines preventivos de carácter general, al inferirse del texto para la determinación de la pena –*respectando la ortografía del texto*– que:

“**Artículo 14°:** En todo delito o culpa se tendrá por circunstancias agravantes, además de las que se expreso en la lei en los casos respectivos, las siguientes: (...) Segunda, la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos por la mayor frecuencia de delitos. (...)”²⁴.

El refuerzo de la amenaza de sanciones, como la de ver el suplicio de un condenado y el ejecutamiento de la pena de muerte²⁵, implicaban un afianzamiento a la prevención general negativa. Las represiones públicas, tenían como principal objetivo, anunciar a los ciudadanos que observaban el ejecutamiento de la pena, que les ocurriría lo mismo si realizaban actos similares al del condenado. Lo estatuido en el artículo 51°, permite graficarnos el momento de la ejecución del suplicio:

“La pena de muerte será dada con garrote, i a falta de él será fusilado el reo sin otra mortificación previa de su persona que la que designan las leyes. Su ejecución será siempre pública entre once i doce de la mañana, fuera de la población i en sitio inmediato a ella, proporcionado para muchos espectadores; i jamas podrá verificarse en dia feriado o de regocijo público”²⁶.

Las medidas de seguridad y los fines buscados con la prevención especial positiva no fueron desarrollados. Respecto del primero, el artículo 50°²⁷ del Código se limitaba a

²⁴ Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre 1836, Artículo 14°.

²⁵ Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre 1836, “Artículo 62°: El reo condenado a ver ejecutar la sentencia de muerte será conducido tras el reo principal en su propio traje, con la seguridad conveniente, i permanecerá al pié del cadallo mientras dure la ejecución”.

²⁶ Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre 1836, Artículo 51°.

²⁷ Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre 1836, “Artículo 50°: La pena de muerte será ejecutada en la ciudad, villa o canton en cuyo distrito se cometió el delito; i las penas serán cumplidas en los establecimientos que ofrezcan

afirmar que aquellas penas que no fueran pena de muerte, debían ser ejecutadas en un establecimiento con seguridad y comodidad, denotando así, un apartamiento de la sociedad y neutralización del delincuente; y en cuanto a los segundos, el Capítulo IV del Código regulaba la rebaja de las penas y “rehabilitaciones”²⁸²⁹, sin que ésta última sea entendida como la búsqueda de que el delincuente sea reeducado en su encierro y pueda reinsertarse a la sociedad al culmino de su condena; sino más bien, que ante el cumplimiento, arrepentimiento y enmienda del daño causado, el reo podía obtener una rebaja de una fracción de la pena o el perdón de la misma. El cumplimiento de una fracción de la pena regulada en ese entonces, no era análogo a *–lo que ahora conocemos y reconocemos como garantías constitucionales del Derecho de Ejecución–* los beneficios penitenciarios, pues recordemos, que para la obtención de éstos beneficios *– como lo ha afirmado vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional–*, se está condicionado al cumplimiento del principio constitucional de resocialización y reeducación del interno, fines que el Código Penal Boliviano de 1836 desconocía.

El Código Penal Peruano de 1863, elaborada por el Congreso de 1853, pasó por el lente de las Comisiones Revisoras de 1857 y 1860, en el que manifiestamente reconocieron haber tomado como modelo las disposiciones contenidas en el Código Penal Español de 1848. Por lo que, el carácter retributivo e intimidatorio de la pena, así como la despreocupación por la reeducación del penado, era imperecedero por la influencia e inspiración en los códigos españoles.

Importa anotar que, comportó un avance para la mejor regulación de la pena según la intensidad del delito, el establecimiento de una diversidad de penas³⁰ *–graves y leves–* y

mayor seguridad y comodidad, i estuviesen más próximos al lugar del delito, los que serán designados por el juez en su sentencia”.

²⁸ Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre 1836, “Artículo 100°: Por medio del arrepentimiento i de la enmienda pueden los reos rematados sin distincion de clase i fuero conseguir la rebaja de las penas a que hau sido condenados, despues de haber sufrido al menos una tercera parte de ellas. Al reo a quien se le hubiese impuesto una esespena mayor de dos años de duracion i que no llegue a cuatro, se le podrá rebajar de la sesta a la quinta parle ella: al que se le hubiere impuesto una pena de cuatro años o mayor de cuatro años i que no llegue a seis, podrá rebajársele de la quinta a la cuarta parto de ella: al que so hubiere condenado a una pena de seis años o mayor de seis i que no Herf) Vease el art. 7° de la Constitucionim) Vease el art. 54 de la Constitucion, atribucion 8o. que a ocho, se le podrá rebajar de la cuarta hasta las dos terceras partes de ella; i al que se le hubiere impuesto una pena de ocho años de duracion o mayor de ocho años, se le podrá rebajar la tercera parte de ella”. (Se deja a salvo el erratas del texto original).

²⁹ Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre 1836, “Artículo 101°: Por los mismos medios podrán tambien conseguir su rehabilitacion: Primero el condenado a inhabilitacion perpétua para obtener todo cargo o empleo público, despues de seis años de haber sufrido esta pena: Segando el condenado a infamia i a otra pena cualquiera, despues de haber sufrido esta o conseguido su rebaja: Tercero el reo condenado a infamia solamente despues de haberla sufrido por seis años”. (Se deja a salvo el erratas del texto original).

³⁰ Código Penal Peruano de 1863, “Artículo 23°: Las únicas penas que pueden imponerse son las siguientes: Penas graves: la de muerte, la de penitenciaria, la de cárcel, la de reclusión, la de arresto mayor, la de expatriación, la de confinamiento, la de inhabilitación absoluta, la de inhabilitación especial, la de destitución de empleo o cargo, la de

su graduación³¹, ya que, favorecía en minimizar el arbitrio judicial. Aunque, a pesar de la abolición de penas inhumanas e infamantes –como la *flagelación*–, la pena de muerte aún permanecía como castigo para los delitos de parricidio³² y asesinato³³.

Desde el artículo 66° hasta el 86° de la Codificación de 1863, dedicado a la ejecución de las penas, puede advertirse una orientación represiva e intimidatoria de la prevención general negativa, como lo grafica lo dispuesto por el artículo 68°: “La pena de muerte se ejecutará fusilando al delincuente en el lugar del juicio”, en el que el mensaje de éste fusilamiento no sólo era para el pueblo, sino para los que eran parte de un grupo criminal, que debían ser sometidos a un sorteo para su muerte juntamente con el cabecilla, los afortunados en no cumplir esta pena capital, debía observar el o los fusilamientos. Ello fue detallado en el artículo 70° del Código, de la siguiente manera:

“Artículo 70°: SI muchos reos de un mismo delito fuesen sentenciados á muerte, se observarán las siguientes reglas: **1°.** El cabecilla será ejecutado siempre, asimismo el coautor, si solamente fuese uno; **2°.** Si los autores, fuera del cabecilla, fuesen dos ó mas, hasta diez inclusive, se sorteará uno para que sufra la pena junto con el cabecilla; **3°.** Si los reos fuesen mas de diez, se sorteará uno por cada decena; y si pasasen cincuenta, se sortearán de tal modo que nunca sean ejecutados mas de cinco, fuera del cabecilla; **4°.** Los reos por las disposiciones anteriores salven de la pena de muerte, sufrirán penitenciaría de cuarto grado”.

Se deduce del texto de los artículos 71° y siguientes, que la penitenciaría o régimen penitenciario tenía como principal objetivo que el trabajo del condenado dentro del establecimiento, era retribuido económicamente y destinado al pago del gasto por su internamiento, a la satisfacción de la reparación civil, al uso de alguna emergencia y al ahorro. No se especifica que el trabajo realizado por el interno, fuera de la obtención de bienes económicos o para el logro de su reeducación. “En el Código de 1863, de

suspensión de empleo, o cargo o derechos políticos, la de multa. Penas leves: la de arresto menor, la de multa, la de represión, la de caución”.

³¹ Por ejemplo para la imposición de penas penitenciarias el Artículo 32°, establecía: “La pena penitenciaria se divide en cuatro grados; la de expatriación, inhabilitación, cárce, reclusión, confinamiento, suspensión de derechos y arresto mayor y menor, en cinco”.

³² Código Penal Peruano de 1863, “Artículo 231°: El que mata á sabiendas matare á su padre ó á su madre, será condenado a muerte”.

³³ Código Penal Peruano de 1863, “Artículo 232°: En la misma pena de muerte incurrirá el que matare á otro, cuando medie cualquiera de las siguientes circunstancias: 1°. Por precio recibido ó recompensa estipulada; 2°. A traición ó sobre seguro; 3°. Empleando incendio ó veneno; 4°. Atacando el domicilio con el fin de robar, ó en despoblado ó en camino público con el mismo objeto; 5°. Aumentando deliberadamente y con crueldad el padecimiento de la víctima, por medio de emparedamiento, flagelación ú otro tomento”. (Se deja a salvo el erratas del texto original).

inspiración española, no se hacía concesión alguna a la prevención especial. La función principal y única de la sanción era el castigo de los malhechores” (Hurtado J., 2005, p. 115).

Con la dación del Código Penal de 1924, mediante la aprobación de la Ley N° 4868, se fue abandonando la orientación represiva de la pena, gracias a la importante influencia helvética. Se tomó en cuenta los fines que persigue la teoría de la prevención especial positiva –*no para la pena privativa de la libertad, sino para las medidas de seguridad y rehabilitación*– con la creación de “casas de tratamiento y de trabajo” para los delincuentes ociosos; y, para el caso de inimputables, la creación de hospitales, hasta que el reo –*según sea el caso*– logre su curación. Evidentemente, se trata de la adopción de un sistema dualista de penas y el de medidas de seguridad para lograr los fines preventivos, sólo cuando se tratare de ésta última. Este paso hacia la teoría de la prevención especial general y especial, es cuestionado, pues la pena privativa de libertad tenía el carácter eminentemente retributivo y se fundaba en la culpabilidad, no suponía una rehabilitación, pues como se dijo, la reeducación del penado era parte de las medidas de seguridad; por lo que, sólo podrían alcanzarlo quienes eran sometidos a esta medida indeterminada hasta su curación, vale decir, cuando la peligrosidad del sujeto era extinta.

Pasado un año y medio de la entrada en vigencia del Código Penal de 1924, se hacía más fuerte la necesidad de modificar disposiciones del mismo a casusa de los nuevos criterios doctrinales, cambios sociales que vivía el Perú en la época y –*por el avance irreversible del tiempo*– dejar atrás el sistema político que se mantenía dibujado con las Constituciones de 1920, 1933 y 1979. Luego de un largo proceso de reforma, principalmente a causa de los aportes de la Comisión que elaboró los Proyectos de 1984 –*con influencia Latinoamericana*–, 1985 –*tuvo como modelos la legislación penal de Brasil Argentina y Uruguay*– y 1986 –*sin modificaciones esenciales*–; y, la Comisión de los Proyectos de 1990 –*principalmente de influencia alemana*– y 1991 –*sin alguna modificación significativa del Proyecto de 1990*–, se promulgó finalmente éste último, mediante Decreto Legislativo N° 635 el 03 de abril en el mismo año.

A diferencia de su predecesor, al Código Penal de 1991 –*y sus posteriores reformas paulatinas*–, dictada cuando los índices de la criminalidad eran alarmantes y se creaban nuevas modalidades de delitos, se le fue exigida una mejor reacción punitiva. Se perfeccionó y reguló la pena privativa de la libertad como única consecuencia jurídica

que restringía la libertad ambulatoria, eliminándose así, las penas vetustas de internamiento, penitencia, relegación y prisión; y, se creó otras sanciones como las restrictivas de la libertad, limitativas de derechos y multa³⁴. Empero, para hacer frente a las diferentes formas de crimen, se agravó las penas para determinados delitos, y se le dio *—en opinión mía—* un corte retributivo.

De la exposición de motivos del Código de 1991, llama la atención, que el propio legislador acepte que exista una “[d]ensa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las más elementales necesidades que exige al respecto la condición humana”³⁵; y, a pesar de ello, agravar las penas *—es decir, pasar un tiempo mayor en el establecimiento penitenciario que el tiempo regulado en la legislación objeto de reforma; con ello, no abogo la duración de la pena carcelaria del Código derogado, sino más bien, cuestiono que no se exponen fundados motivos de tal agravación—* sin tener los recursos necesarios para rehabilitar al penado privado de su libertad, e incluso acepta *—al decir que no cuenta con los “recursos públicos para cubrir las necesidades elementales”—* que el penado es hacinado en un establecimiento penitenciario sin las mínimas condiciones para el respeto de su dignidad o condición humana.

No existe controversia, sobre la creación de otros tipos de penas diferentes a la privación de la libertad ambulatoria; sin embargo, éstas no pueden ser impuestas *—según se arguye de la exposición de motivos del Código Penal—* para evadir solucionar el problema que acoge a la realidad penitenciaria. Por otro lado, no debe agravarse las penas, ni imponerse tales, pues acentúa un carácter únicamente vengativo y represivo, *máxime*, si hasta en la actualidad no se tiene una adecuada organización y funcionamiento del sistema penitenciario que “logre” los objetivos que defiende la teoría de la prevención especial positiva.

³⁴ Código Penal de 1991 – Decreto Legislativo N° 635 de 08 de abril de 1991, “Artículo 28°: Clases de pena. Penas aplicables de conformidad con este Código son: privativa de libertad, restrictivas de la libertad, limitativas de derechos; y, multa”.

³⁵ Código Penal de 1991 – Decreto Legislativo N° 635 de 08 de abril de 1991, apartado 1. del Título Clases de Penas: “1. El sistema de sanciones del Proyecto resulta positivamente innovador. La Comisión Revisora estima haber perfeccionado la pena privativa de libertad al unificarla (eliminando las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión), y permitiendo sea sustituida, en los casos expresamente indicados, por otras formas de sanciones que no importen recortar la libertad ambulatoria. No puede negarse la audacia con que el Proyecto ha previsto la aplicación de penas limitativas de derechos distintas a la privación de la libertad ambulatoria, pero hay que considerar que la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las más elementales necesidades que exige al respecto la condición humana, compelen a indagar por soluciones que, sin ser perfectas, constituyan al menos un relativo avance en la lucha contra el delito”.

Sobre la pena y los fines que cumple ésta en el Perú, la exposición de motivos del Código de 1991, se limitó a citarlas entre otros principios garantistas, en el último párrafo del Título Contenido, de la siguiente manera: “El Código Penal en su Título Preliminar enarbola un conjunto de principios garantistas como son: (...) función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y los fines de curación, tutela y rehabilitación de las medidas de seguridad (...)”. De una primera lectura, sin remitirnos aún al texto del Título Preliminar de la codificación, podemos entender que los fines de esta consecuencia jurídica, son retributivos y también preventivos. Sin embargo, el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, estatuye que: “La Pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación”, disposición que reconoce únicamente a las perspectivas de la teoría de la prevención general y especial. Ésta última postura, ha sido apoyada por lo considerado en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal que prevé: “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La misma regla se aplica al procesado, en cuanto fuere pertinente”³⁶; y, posteriormente por el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú de 1993, que a la letra estatuye: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”³⁷; por lo que, en buena cuenta, se trataría de una incorrección de la exposición de motivos, que debe ser superada por la praxis y sistemática de la ley.

De lo argumentado, se colige que nuestro sistema jurídico penal *—al menos en teoría—*, asume y reconoce los objetivos que anhela la teoría de la prevención general *—y sobre todo—* especial, valorando a su vez, el elemento de la culpabilidad para graduar la pena; y, por lo tanto, se adscribe a los criterios defendidos por la teoría mixta o de unión o *—siendo más exacta—* a la postura de la teoría unificadora dialéctica de ROXIN, en el que la pena cumple determinadas funciones preventivo generales y especiales, según las fases en las que sea usada.

1.8.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

³⁶ Código de Ejecución Penal – Decreto Legislativo N° 654, promulgado el 02 de agosto de 1991, Artículo II del Título Preliminar.

³⁷ Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 139°.22).

Las Salas de la Corte Suprema, con motivo de sustentar sus fallos, han establecido importantes precisiones concernientes a los fines que cumple la pena en el Perú, y han complementado sus argumentos recogiendo considerandos de las sentencias anteriormente estudiadas y que fueron expedidas por el supremo intérprete de la Constitución. Su jurisprudencia, se ha mostrado a favor de reconocer una teoría mixta o de unión, en ciertos casos –*como se hará notar*– de manera expresa asumen la teoría unificadora dialéctica de Roxin, y en otros sin expresar indubitadamente adherirse a dicha tesis, empero, del análisis de su motivación, se podrá argüir una estrecha vinculación hacia ésta.

La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema emitió el Recurso de Nulidad N° 449-2009/LIMA, de fecha 09 de julio de 2009, caso Magaly Medina Vela, indicando que para el análisis de la legalidad de la pena impuesta por el colegiado *A quem*, los indicadores establecidos en los artículos 45° y 46° del Código Penal, debían ser valorados copulativamente con los fines que persigue la pena. Hace alusión al criterio de la retribución vinculado al principio de culpabilidad citando los fundamentos de la STC de fecha 21 de julio de 2005 expedida en el Exp. N° 0019-2005-PI/TC; y, más adelante, arroga el criterio postulado por el profesor Claus Roxin en la última fase de vigencia de la pena. Lo antes destacado, ha sido indicado en la p. 23 de la Ejecutoria Suprema de la siguiente manera:

“Que, habiéndose establecido la responsabilidad de la querellada Magaly Jesús Medina Vela, corresponde verificar si la determinación de la pena efectuada por el Ad quem tuvo en cuenta los indicadores abstractos de punición que los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis nos señala; respecto a los fines de la pena, conforme a la Teoría de la Unión que sostiene que tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la que deben ser perseguidas de modo conjunto y un justo equilibrio, observándose el principio de proporcionalidad, establecido como criterio rector de toda la actividad punitiva del Estado, el mismo se encuentra íntimamente vinculado al principio de culpabilidad, en consideración a lo señalado por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del veintiuno de julio del dos mil cinco, expediente número diecinueve-dos mil cinco-PI/TC, párrafo cuarenta y uno, al señalar que “... ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la

cual es determinada por el Juez Penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos”. Asimismo, Roxin establece que: “Cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, en la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y prevención especial por igual. Mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad. Y, es que cuando se trata de delitos gravísimos, la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica sólo puede restablecerse cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad. Por el contrario, los delitos leves y de mediana gravedad, que son de lejos la mayoría en la práctica, puede practicarse más tolerancia cuando esto sea necesario por razones de prevención especial”.

De igual modo, recientemente el Recurso de Nulidad N° 2156-2017/PASCO, de fecha 31 de enero de 2018, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, reafirmó que nuestra judicatura concilia con los criterios asumidos por la teoría unificadora preventiva de Roxin y destacó el Fundamento 38 de la STC del Exp. N° 0019-2005-PI/TC:

“OCTAVO: Nuestro ordenamiento jurídico penal señala, en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. En ese sentido, nuestro código sustantivo se inscribe en la línea de una teoría unificadora preventiva³⁸, pues la pena sirve a los fines preventivos especial y general; así también lo ha precisado la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 0019-2005-PI/TC, de 21 de julio de 2005: *“las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo; por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes orara*

³⁸ “Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal-Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 95.”

garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática”.

Siguiendo la misma línea discursiva, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en Casación N° 73-2011/PUNO, de fecha 19 de abril de 2012, destacó la importancia de alcanzar los fines que busca la teoría de la prevención general negativa; es decir, en lograr que la imposición de una determinada pena a un sujeto infractor, produzca la abstinencia en la colectividad de cometer actos ilícitos. Precisa, los fines que debe alcanzar la pena en un Estado social y democrático de derecho en el Fundamento Trigésimo Sexto; y, siguiendo la pauta de la Ejecutoria Suprema precedente, destaca lo indicado por la STC del Exp. N° 0019-2005-PI/TC, concerniente a los fines según las fases de la pena en su Fundamento Trigésimo Séptimo.

“TRIGÉSIMO SEXTO: En cuanto a la pena, cabe precisar que siendo ésta uno de los principales instrumentos que utiliza el Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, su función no puede encontrarse desvinculada de la función que a su vez cumple el Estado. De este modo, como lo sostiene Mir Puig, se puede afirmar que existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado y que “No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado Social y Democrático de derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre las que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal”³⁹. En un Estado Social y Democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad; entre otros. (...) TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Lo antes expuesto exige precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N° cero diecinueve-dos mil cinco-PI/TC, que: “(...) las penas, en

³⁹ “MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994, página 29-31”.

especial privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía constitucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al advertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consiste en proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia, se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso veinticuatro de artículo dos de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia un proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución)". Es preciso destacar, sin embargo, continúa el Tribunal en la referida sentencia, "(...) que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. (...)". De este modo, el Estado no puede desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes; es decir, no puede desnaturalizar los fines de la pena".

La adopción de la teoría de la prevención especial positiva, reflejado en el objetivo de que el régimen penitenciario logre la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, aún en nuestra realidad nacional actual, es un paradigma;

toda vez, que la preocupación de nuestros legisladores –*como se ha de conocer por las reformas judiciales y que es de público conocimiento*– se ha centrado en agravar las penas complaciendo el clamor de la sociedad para que se haga frente a la criminalidad. Con la creación de medidas más represivas –*entiendo*– se pretende alcanzar los fines de la prevención general negativa –*en opinión mía, sin éxito, ya que como trabajadora judicial basta conocer que con el transcurso del tiempo, aunque se modifique las consecuencias jurídicas con medidas aún más represivas, el delito no desaparecerá*–. Indudablemente es arriesgado afirmar que mediante la agravación de penas se disuade a un sujeto de cometer delitos, quizá estudios empíricos nos puedan evidenciar ello a largo plazo; empero, en la actualidad no puede observarse cambios a pesar que la agravación de las penas que en el Perú se han dado en los últimos años y no puede ser nuestra única forma de combatir la criminalidad, que a pocas luces se evidencia ser una solución improvisada. De momento, también se puede advertir que la prevención general positiva se ha vuelto un arquetipo, ya que, la confianza institucional ha adquirido críticas y pérdida de credibilidad, ello ha sido expresado con las marchas en contra de los Poderes del Estado y ante la impotencia de conseguir justicia se arraiga la desafortunada costumbre del “ajusticiamiento por mano propia”, actos que demuestran los aspectos impropios de nuestra sociedad y que pone en peligro la consolidación de un Estado de derecho.

Retomando la idea central sobre la función preventiva especial positiva de la pena, nuestro sistema jurídico lo ha destacado expresamente y con énfasis, basta con remitirnos al artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución, y el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, nuestros Jueces y Tribunales, conociendo la realidad carcelaria y deficiencias de las entidades estatales por conseguir estos fines, toman decisiones medidas basadas en los efectos colaterales de una privación de la libertad que será ejecutada en un establecimiento penitenciario, que lejos de rehabilitar al penado, agrava su predisposición a la comisión de delitos.

La Sala Penal Permanente, se ha pronunciado al respecto en el Recurso de Nulidad N° 415-2015/LIMA NORTE, de fecha 17 de marzo de 2016. Específicamente, aborda los efectos colaterales de la pena privativa de libertad efectiva en una persona que acaba de cumplir la mayoría de edad, evidenciando, que en la praxis los fines de la

prevención especial negativa que destaca nuestra codificación, es puro derecho penal simbólico, pues es disímil con la realidad rehabilitadora de la pena.

“42. Todo juez debe tener mucho cuidado, que resulta inevitable que la cárcel tiene efectos colaterales, tanto para el penado mismo, como para terceros, sus familiares, normalmente próximos a él. Estos pueden ser: efectos secundarios consustanciales vinculados a la noción de cárcel como institución total. Otros efectos no vinculados insustancialmente a la privación de libertad, sin a las deficiencias del Estado. 43. De hecho, las consecuencias de la sobrepoblación y del consiguiente descontrol de las autoridades estatales sobre las prisiones –realidad nacional y de público conocimiento, que no se puede negar–, no sólo son absolutamente negativas desde la perspectiva de la resocialización, sino que, sobre todo, también genera toda suerte de riesgos físicos para los reclusos, como son los contagios de enfermedades, amenazas, agresiones físicas, etc. 44. Otros efectos colaterales que genera la pena de prisión es el sufrimiento que recae sobre los inocentes familiares del recluso –sus padres, posibles hijos–. (...) 52. Así pues, para imponer una pena a una persona que recién había cumplido la mayoría de edad e iniciaba su ciudadanía, se debe considerar también la gravedad de la Ley penitenciaria que en estos casos ofrece pocos beneficios, por lo que una pena efectiva sería contraria a los fines de resocialización, pues el hacinamiento de los centros penitenciarios, le falta condiciones para el llamado tratamiento progresivo y su estructura no ayudan a resocializar, al contrario, quien ingresa está en contacto con la conocida subcultura carcelaria y se ve forzado a interactuar en ese contexto y refuerza o genera que el interno asuma esta subcultura, por ello popularmente se dice que la cárcel es la universidad del delito”.

En el mismo sentido, atendiendo a la edad del acusado y el fin rehabilitador de la pena, el Recurso de Nulidad N° 502-2017/CALLAO, de fecha 31 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, estatuye en su Fundamento 14 que:

“Si bien la Sala Superior le impuso una pena de diez años para este delito; sin embargo, este Supremo Tribunal considera que dicha pena no se ajusta al principio de proporcionalidad y que colisiona con el principio constitucional de reincorporación del penado a la sociedad, (...) por lo que atendiendo a su edad –

diecinueve años– hecho que atentaría a los fines de la pena protegidos constitucionalmente, (...) la determinación de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible, y no existe retribución por sí mismo, en razón que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal se sitúa en la línea de las teorías preventivas modernas y postula que se tiene que atender a la probable resocialización del penado y su reinserción a la sociedad, (...) en consecuencia, este Supremo Tribunal considera que la pena impuesta al acusado Ricardo Martín Tello Pariona, resulta excesiva y desproporcional, por lo que debe ser reformada imponiéndose una pena condicional, bajo reglas de conducta”.

El déficit que acoge a nuestro sistema penitenciario es un impedimento para lograr la reinserción del penado a la sociedad; por lo que, para el cumplimiento del precepto constitucional que describe al régimen penitenciario, las leyes penales deben coadyuvar a los fines preventivos especiales de la pena. La Casación N° 336-2016/CAJAMARCA, de fecha 14 de junio de 2017, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, al respecto ha destacado que:

“5.6. Además, este principio [proporcionalidad] exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad –consagrado en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución–. Si bien el referido precepto constitucional se describe al régimen penitenciario, sin embargo, no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal. Para que cumpla con los fines constitucionales debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización, en concordancia con el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que precisa: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; así, sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una fantasía. Por tanto, su interpretación debe ser sistemática”.

Si el objetivo del Estado Peruano, es vencer todo tipo de delincuencia desde su génesis, en la comisión y evitar la reincidencia; debe impulsar y fortalecer cada uno de los objetivos trazados de las teorías que ha asumido, para evitar –estimo– lo que

cada vez se hace más grave e incontrolado, un sistema retributivo fundado en un diseño populista que propicia –*mediante la imposición de penas inhumanas*– la trasgresión del derecho a la dignidad humana. La iniciativa hacia el cambio, debe tener como base estudios empíricos y científicos en apoyo con otras disciplinas, como la criminología y penología, para crear políticas criminales eficientes y que favorezcan una verdadera prevención a la comisión de delitos, resocialización e integración del penado a la sociedad.



CAPÍTULO SEGUNDO

FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE LA DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

“El penalismo casi siempre pretende tener una base racional, aunque no quede claro cuál sea, lo que se impone porque la racionalidad del derecho es un requisito del estado de derecho. Por eso, los penalistas que teorizan dentro de este marco se consideran obligados a encontrar un fundamento racional a la pena, pero siempre lo han sostenido en el plano del deber ser porque, lamentablemente, en el plano del ser todos estos objetivos racionales resultan falsos. Teorizan conforme al deber ser para indicarles a los jueces cómo aplicar penas en el campo del ser, o sea, penas que nunca son como debieran ser”.

(Prólogo de E. R. ZAFFARONI. En F. MENDOZA AYMA, Presupuesto Acusatorio, Determinación e Individualización de la Pena, La Medida del Dolor, Lima, 2015, p. 12).

2.1. CUESTIONES PRELIMINARES

Los fundamentos dogmáticos ofrecidos por los sistemas de la determinación de la pena y las teorías de la individualización judicial de la pena, permiten a un Estado acogerse o a desarrollar su propio sistema o teoría que concilie con sus principios constitucionales, principalmente, con el derecho de alcanzar los fines de la pena que su ordenamiento jurídico ensalza.

Sin duda, la concreción del principio de legalidad propició que a partir del derecho internacional francés en el siglo XVIII, se establezcan penas determinadas con el anhelo de imponer sanciones racionales y acorde al principio de humanidad y proporcionalidad. La evolución de estos sistemas de determinación de la pena, ha sido provechoso para el Perú, pues la influencia foránea benefició desde el primer Código Penal de 1863 –*primer Código Penal redactado en Perú, a diferencia de su predecesor, el Código Penal Boliviano de 1836, que fue impuesto*– y se mantuvo imperecedero en el tiempo hasta

nuestros días, el criterio de penas relativamente determinadas, en el que legislador fija una escala o límites para la determinación de la pena, dejando al juez la facultad de individualizar la adecuada para el delincuente dentro de ese margen luego de valorar y ponderar, a su vez, ciertas circunstancias relevantes establecidas taxativamente en la ley, con lo que se desarrolló un sistema propio denominado “Sistema de Tercios”. Por su parte, las teorías de la individualización judicial de la pena desarrolladas en el presente Capítulo, son propuestas y fundamentos dogmáticos desarrollados en Alemania. El estudio sobre los fines de la pena en cada teoría nos dan a conocer los distintos procesos cognoscitivos usado por los jueces para concretar una pena, un proceso que a lo largo del tiempo ha solicitado argumentos racionales debido a la subjetividad en la dosificación final de la pena. El Perú, dentro de estas construcciones penales, no ha asumido expresamente ni se infiere adoptar teoría alguna; sin embargo, un breve análisis, nos permitirá conocer las teorías de la individualización judicial de la pena difundidas, y si éstas se asemejan a la individualización practicada por el juez peruano.

2.2. SISTEMAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

En la historia del Derecho Penal, la estructura sistemática para la determinación de la pena, tuvo un gran impacto que merece especial atención, principalmente *—y de manera específica—* desde la génesis de la concepción del principio de legalidad. La concreción de este principio, marcó un antes y un después en el sistema de la determinación del castigo del delincuente. Su nacimiento, tuvo como escenario la Revolución Francesa (1789) y estuvo bajo la influencia del pensamiento del llamado Siglo de la Ilustración o de las Luces o de la Razón (XVIII), siglo en el que se promueve la idea de hombre y de su dignidad; por lo que, “[s]urge la necesidad ineludible de racionalizar la pena con el objeto de establecer un sistema punitivo acorde con el principio de humanidad basado en la proporcionalidad entre delito y pena” (Hurtado J. & Prado V., 2011, p. 261).

Las reformas penales que se dieron en Europa durante todo el siglo XVIII — *principalmente a fines de éste siglo—*, anunciaban la intención de abolir las penas inhumanas que imponían los códigos de los estados absolutistas. Así pues, la arbitrariedad judicial y severidad del Antiguo Régimen, vio su primer escollo ante los esfuerzos del pensamiento humanista liberal por conminar una pena fundada en la legalidad, igualdad y proporcionalidad. No es el momento de historiar el nacimiento de la legalidad y los precursores de la ciencia jurídico penal de la época; sin embargo, es importante destacar

que los aportes de Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu (Charles Louis de Secondat), Voltaire (François-Marie Arouet) y el Marqués de Beccaria (Cesare Bonesana), propiciaron una reforma paulatina en la codificación europea con la racionalización de la pena, entendida como la expresión taxativa de una cuantificación o conminación absoluta de la pena en la letra de la ley, que tuvo como principal adepto el primer código revolucionario francés; el profesor HURTADO POZO, añade que “(...) hay que señalar que los esfuerzos para concretar sus exigencias [del principio de legalidad] desembocaron en la previsión, en los códigos penales, de penas absolutamente determinadas; un caso típico fue, por ejemplo, el Código Penal Francés de 1791” (Hurtado J., 2005, p. 172).

Desde la mitad del siglo XIX, la ideología liberal luego de los constantes debates en las escuelas penales, entendió que imponer una pena absolutamente conminada, no conciliaba con los principios de seguridad jurídica, igualdad, legalidad y proporcionalidad que defendían; por lo que, se empezaba a acometer una propuesta para la individualización que permitía a los jueces valorar y graduar la pena según las circunstancias del delito y del sujeto infractor, dentro de un marco penal previamente establecido para cada ilícito, sin que ello suponga, una pena impuesta arbitrariamente y sin motivación. Esta propuesta y desarrollo, se le debe al “padre de la individualización de Francia”, Raymond Saleilles, quien distinguió primigeniamente la individualización legal de la pena, entendida como aquel marco o escala establecida por la ley para el delito; y la individualización judicial de la pena, como aquel proceso realizado por el juez o jurado para ubicar la pena dentro del mínimo y máximo legal, luego de la valoración de las circunstancias que rodeaban el delito.

2.2.1. SISTEMA DE PENAS INDETERMINADAS O INDETERMINACIÓN LEGAL ABSOLUTA

Fue en el Antiguo Régimen Europeo –*antes y aún durante la Revolución Francesa en estados absolutistas*– imperante y principalmente se le reconoce la vigencia de este sistema de indeterminación absoluta de la pena, que se sustentaba en la imposición de penas imprevisibles, dosificadas de manera arbitraria y fundadas en la venganza y en el arbitrio de la anarquía real para lograr el control y sometimiento de la sociedad.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, citando a MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, agrega que:

“En el antiguo régimen la individualización de la sanción penal se encontraba entregada casi por completo al arbitrio del juzgador, de tal manera que los jueces podían no solo podían aumentar y disminuir las penas señaladas por la ley, sino incluso imponer otras completamente distintas” (Ávalos C., 2015, p. 46).

Asimismo, para REÁTEGUI SANCHEZ, de trata de “[un] sistema de penas indeterminadas utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena” (Reátegui J., 2014, p. 1346).

2.2.2. SISTEMA DE PENAS FIJAS O DETERMINACIÓN LEGAL ABSOLUTA

Como ya se había adelantado, éste sistema de determinación absoluta de la pena, tuvo su origen en el pensamiento humanista liberal en Europa durante el siglo XVIII, cuya intención era conminar una pena fundada en la legalidad, igualdad y proporcionalidad. La materialización de este ideal, se concretó en los preceptos del Código Penal Francés de 1791.

Se trataba de un sistema, en el que la cuantificación o conminación de la pena se encontraba establecida taxativamente en ley; por lo que, el juez o jurado se encontraba limitado a simplemente constatar la existencia de un delito e imponer la pena preestablecida, ignorando las circunstancias del delito o cualidades del sujeto encontrado responsable de la comisión de un ilícito penal. Sobre éste sistema de determinación de la pena, ÁVALOS RODRÍGUEZ, arguye que:

“En este sentido, se propone que la ley criminal proporcione para cada uno de los delitos una conminación punitiva absolutamente determinada, de manera tal que, una vez precisado el concreto delito por el que se condenaba, el juzgador no tenía posibilidad alguna de decidir respecto de la cuantificación de la sanción, únicamente se debería limitar a calificar jurídicopenalmente el hecho sometido a su conocimiento, para determinar de qué específico delito se trataba, después de lo cual solo le quedaba “declarar” la imposición de la pena prevista taxativamente por la ley” (Ávalos C., 2015, p. 46).

2.2.3. SISTEMA DE FIJACIÓN LEGAL DE UN MARCO PUNITIVO O DETERMINACIÓN LEGAL RELATIVA

Para superar los problemas generados por un sistema de determinación absoluta de las penas, fundada en el principio de legalidad –*entendido incorrectamente y en estricto*–, que vulneraba a su vez, los principios seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad, se creó una propuesta ecléctica y flexible para armonizar ambos sistemas –*determinación arbitraria según cada caso en específico y el legalismo extremo*–: “un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial” (Reátegui J., 2014, p. 1346), esta individualización permitía a los jueces, valorar y graduar una determinada pena según las circunstancias del delito y del sujeto infractor dentro de ese marco legal penal previamente establecido en la legislación, sin que ello suponga, una pena impuesta arbitrariamente y sin motivación.

Este sistema presenta dos vertientes, en el que:

“O el legislador fija simplemente un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, dejando en manos del juez la determinación de la pena concreta entre estos límites; o establece además ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena” (Reátegui J., 2014, p. 1346).

Fue este sistema el que adoptó el Perú desde su primer Código Penal. Y, ante la necesaria regulación en la codificación de criterios o circunstancias que rodeaban al delito y que modificaban la responsabilidad penal, se redujo al mínimo posible – *propriadamente mediante la reforma de la Ley N° 30076*– el margen para la determinación, pasando así, por las dos vertientes antes destacadas, como serán analizadas a continuación.

2.3. SISTEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL PERÚ

Desde el Código Penal de 1863 se mantuvo imperecedero hasta el Código Penal de 1991 –*texto original al día de la promulgación del Decreto Legislativo N° 635, el 08 de abril de 1991*– el criterio de penas relativamente determinadas, en el que legislador fijaba una escala o límites para la determinación de la pena, dejando al juez la facultad de individualizar la adecuada para el delincuente dentro de ese margen.

Con la reforma introducida por la Ley N° 30076, de fecha 20 de agosto de 2013, el legislador limitó aún más la discrecionalidad judicial para la determinación de la pena, no dejando sin valorar todas aquellas circunstancias que orbitaban en el delito y modificaban la responsabilidad penal del agente, y creó nuevos márgenes punitivos ante la presencia de éstos.

2.3.1. CÓDIGO PENAL DE 1863

El Código Penal Peruano de 1863 influenciado principalmente del Código Penal Español de 1848, y éste a su vez del *Code Napoléon* de 1810 o “Código de Napoleón”, –*recordemos*– tuvo en sus preceptos penas severísimas y de corte represivo; empero, introduce cierta flexibilidad para su imposición, pues, el marco punitivo se encontraba dividido en grados y términos, éste margen establecido por el legislador para su posterior determinación judicial, otorgaba la facultad al juez para agravar o atenuar la pena dentro de esas escalas de pena.

Estos preceptos sobre un sistema de fijación de un marco punitivo por la ley, se sitúa sistemáticamente en el Título II sobre los Grados y Términos en que se dividen las penas de la Sección Cuarta dedicada a las Penas del Código Penal de 1863, que a la letra se tiene –*dejando a salvo las erratas y ortografía del texto original*–:

“**Artículo 32°.-** La pena de penitenciaría se divide en cuatro grados; y las de expatriación, inhabilitación, cárcel, reclusión, confinamiento, suspensión de derechos y arresto mayor y menor, en cinco.

Penitenciaría.

Primer grado	6 años.
Segundo grado	9 “
Tercer grado	12 ”
Cuarto grado	15 “

Expatriación é inhabilitación.

Primer grado	3 años.
Segundo grado	6 “
Tercer grado	9 ”
Cuarto grado	12 “
Quinto grado	15 “

Cárcel, reclusión, confinamiento y suspensión de derechos civiles.

Primer grado	1 año.
Segundo grado	2 “
Tercer grado	3 ”
Cuarto grado	4 “
Quinto grado	5 “

Arresto mayor.

Primer grado	2 meses.
Segundo grado	3 “
Tercer grado	4 ”
Cuarto grado	5 “
Quinto grado	6 “

Arresto menor.

Primer grado	6 días.
Segundo grado	12 “
Tercer grado	18 ”
Cuarto grado	24 “
Quinto grado	30 “

Artículo 33°.- Cada grado consta de tres términos: máximo, medio y mínimo. En la penitenciaria, expatriación é inhabilitación, cada término es de un año. En la cárcel, reclusión, confinamiento y suspensión de derechos políticos, cada término es de cuatro meses. En el arresto mayor cada término es de diez días; y en el menor, de dos.

Artículo 34°.- Los grados y términos á que se refieren los dos artículos precedentes se manifiestan en las siguientes escalas:

ESCALA NUM. 1.

Para la pena de penitenciaria.

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
---------	--------------------	-------------------	--------------------

I.	4 años.	5 años.	6 años.
II.	7 ”	8 ”	9 ”
III	10 ”	11 ”	12 ”
IV.	13 ”	14 ”	15 ”

ESCALA NUM. 2.

Para las penas de expatriacion é inhabilitacion absoltua y especial.

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	1 año.	2 años	3 años.
II.	4 años.	5 ”	6 ”
III	7 ”	8 ”	9 ”
IV.	10 ”	11 ”	12 ”
V.	13 ”	14 ”	15 ”

ESCALA NUM. 3.

Para las penas de cárcel, reclusion, confinamiento y suspension de derechos políticos.

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	4 meses.	8 meses.	1 año.
II.	16 ”	20 ”	2 años.
III	28 ”	32 ”	3 ”
IV.	40 ”	44 ”	4 ”
V.	52 ”	56 ”	5 ”

ESCALA NUM. 4.

Para la pena de arresto mayor.

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	40 dias.	50 dias.	2 meses.
II.	70 ”	80 ”	3 ”
III	100 ”	110 ”	4 ”
IV.	130 ”	140 ”	5 ”
V.	160 ”	170 ”	6 ”

ESCALA NUM. 5.

Para la pena de arresto menor.

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	2 días.	4 días.	6 días.
II.	8 ”	10 ”	12 ”
III	14 ”	16 ”	18 ”
IV.	20 ”	22 ”	24 ”
V.	26 ”	28 ”	30 ”

”

2.3.2. CÓDIGO PENAL DE 1924

La influencia de la legislación penal helvética en el Código Penal de 1924, sin lugar a duda, propició un paso importante para el logro de los fines preventivos generales y especiales con la imposición de la pena. Empero, el Código también adoptó “[un] sistema de penas “relativamente indeterminadas”, consistente en fijar para cada caso particular el *mínimum* y el *máximum* de éstas, facultando al juez para escoger libremente, al interior de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual” (Hurtado J., 2005, p. 172). En buena cuenta, nuestra codificación asumió un sistema de determinación relativa de penas con diferencias esenciales en comparación con el Código precedente, que quedarían imperecederas hasta en la actualidad; no sólo, porque el artículo 50° establecía sólo un margen legal punitivo que permitía al juzgador ubicar dentro de ésta la pena concreta luego de la valoración de las circunstancias relevantes contenidas en el artículo 51°; sino también, positivamente quedó establecido por el artículo 50° del Código Penal, el *nonem iuris* que se le asignaría a los límites legales en el extremo o umbral máximo y mínimo de la pena. Ello, fue establecido en el Título V del Libro Primero del Código Penal de 1924, titulado y dedicado a la Aplicación Judicial de las Penas:

“**Artículo 50°.-** Los jueces aplicarán la pena adoptando el máximo o el *mínimum* señalados por la ley para el delito o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyeran necesaria. Debería expresar en la sentencia los motivos que aconsejen la medida que hubieren adoptado. **Artículo 51°.-** Para la aplicación de la pena los jueces apreciarán la culpabilidad y del peligro del agente, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificadoras del delito. **1°.-** La naturaleza de la acción; en el tiempo en que se perpetró y el que hubiere transcurrido desde entonces; el lugar,

los instrumentos y los medios de que se hubiere hecho uso; la preparación tranquila o la perpetración ocasional; el modo de ejecución y las circunstancias en que ésta se hubiere efectuado; la unidad o la pluralidad de agentes; el número y la importancia o especialidad de los deberes infringidos; la dificultad que hubiere para prevenirse contra el hecho punible, y la extensión del daño y del peligro causados.

2°.- La edad, la educación, la vida personal, familiar y social del sujeto anterior y posterior del delito, su situación económica, sus precedentes judiciales y penales, la calidad de los móviles honorables o excusables o innobles o fútiles que lo determinaron a delinquir, las emociones que lo hubieran agitado, su participación mayor o menor en el delito, la reparación espontánea que hubiere hecho del daño, o la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de su carácter”.

2.3.3. CÓDIGO PENAL DE 1991

Dejando atrás la influencia suiza y teniendo como inspiración fuentes legislativas extranjeras –*predominantemente la española y la alemán*–, el heteróclito Código Penal de 1991, desde su entrada en vigencia mediante el Decreto Legislativo N° 635 de fecha 08 de abril de 1991 y sus posteriores reformas, hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 30076, mantenía despreocupada las intenciones por establecer o reorganizar las reglas para una determinación de la pena revalorizando el principio de legalidad y se adhirió aún al dubitativo sistema adoptado por sus antecesores. Con respecto al sistema de determinación de la pena adjudicado desde el preludio del Código Penal vigente, en opinión del profesor HURTADO POZO, estima que “[n]o son diferentes los criterios aplicados en el Código de 1991 y, en ese ámbito, no es un cambio substancial la sustitución de las penas de penitenciaría, prisión y arresto por una sola denominada “pena privativa de libertad”” (Hurtado J., 2005, p. 172).

El importante margen legal establecido por el legislador, era el único límite otorgado al juez para individualizar la pena según la valoración de la relación de circunstancias generales constitutivas del delito y que modificaban la responsabilidad del autor. El Capítulo II sobre la Aplicación de la Pena contenido en el Título III de las Penas, establecía hasta antes de la reforma innovada e introducida por la Ley N° 30076, lo siguiente:

“**Artículo 46°:** Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: **1.** Naturaleza de la acción; **2.** Los medios empleados; **3.** la importancia de los deberes infringidos; **4.** La extensión del daño o peligro causados; **5.** Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; **6.** Los móviles o fines; **7.** La unidad o puridad de los agente; **8.** La edad, educación, situación económica y medio social; **9.** La reparación espontánea que hubiere hecho del daño; **10.** La confesión sincera antes de haber sido descubierto; **11.** Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente; **12.** La habitualidad del agente al delito⁴⁰; **13.** La reincidencia⁴¹. El juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima”.

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 de fecha 18 de julio de 2008, expedida en el escenario del IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República; y posteriormente, la Circular relativa para la correcta determinación judicial de la pena en la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ de fecha 01 de setiembre de 2011 emitida también por la Corte Suprema del Perú, reafirmaron en sus Fundamentos N° 7 y Fundamento Segundo, correlativamente:

“Que el Código Penal vigente adoptó un sistema legal de determinación judicial de la pena de tipo intermedio o ecléctico, en cuya virtud el legislador sólo señala el mínimo o máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. (...)”

2.3.3.1. Sistema de Tercios - Incorporación del Artículo 45-A con la Ley N° 30076

Se ha señalado *supra*, existen dos vertientes en el sistema de determinación relativa de la pena. Estas dos vertientes explicadas por REÁTEGUI SÁNCHEZ, es la orientación que asume nuestra legislación en el procedimiento de determinación de

⁴⁰ Inciso incorporado por el Artículo 1° de la Ley N° 28726, publicada el 09 de mayo del 2006.

⁴¹ Inciso incorporado por el Artículo 1° de la Ley N° 28726, publicada el 09 de mayo del 2006.

la pena desde y por la reforma introducida por la Ley N° 30076, en el que legislador además de fijar un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, establece ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización concreta de la pena.

Las etapas operativas de la determinación judicial de la pena en el Perú, serán objeto de análisis más adelante; sin embargo, es menester adelantar que en parangón con los sistemas adoptados en los Códigos anteriores, en el que sólo existía una etapa legal y una judicial, que la reforma propició limitar la discrecionalidad y arbitrariedad judicial aún más mediante la creación de dos etapas vinculadas a la legalidad y una eminentemente discrecional. Con respecto a las etapas vinculadas a la legalidad: la primera de ellas tiene el objetivo, según la calificación de hecho punible, determinar el marco abstracto de la pena; y, la segunda, mediante la calificación y valoración de determinadas circunstancias comunes o generales, determinar el marco concreto, que no es otra cosa que el procedimiento para identificar los tres marcos concretos; es decir, es la división en tercios del marco penal abstracto. La última fase del procedimiento de determinación de la pena, está a cargo del juez, en el que una vez conducido por las reglas para la determinación de la pena prescrito en la ley y ubicado el tercio o marco concreto en la que se ha de individualizar la pena, mediante una labor completamente discrecional y valorativa llega a la cuantificación final de la sanción. Cabe destacar que, cuando hablamos de limitar el arbitrio judicial con este novedoso Sistema de Tercios, nos referimos a no dejar sin valorar todas las circunstancias relevantes que forman parte del delito y que se encuentran taxativamente estableciendo su disminución o agravación *—según sea el caso—* en la ley; sino, en buena cuenta, a permitir al juzgador tomar decisiones en el caso concreto, según lo más favorable al reo, de manera tal, que no se ponga en peligro sus derechos.

El artículo 45°-A del Código Penal con la modificatoria introducida por la Ley N° 30076, regula centralmente la segunda etapa del procedimiento de determinación de la pena; es decir, las reglas para determinar cuantitativamente el marco legal concreto, conocido como el “Sistema de Tercios”, reduciendo los límites superior e inferior para la individualización de la pena final por el juez *—es*

necesario limitarnos a los alcances de esta segunda etapa de determinación, con la intención de hacer conocer la innovación sobre la reducción de los límites legales—. La redacción de los incisos 1. y 2. grafican los antes mencionado:

“**Artículo 45°-A:** Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad. El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: **1.** Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. **2.** Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: **a)** Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. **b)** Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. **c)** Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. (...)”.

2.4. TEORÍAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

En la dogmática penal, el estudio sobre la individualización judicial de la pena, basada en el esfuerzo de conciliar y materializar los fines que defienden las teorías mixtas o de unión abordadas *supra*, generaron propuestas a las que se les llamó “Teorías de la Individualización Judicial de la Pena”. Se le puede conceptualizar como, el proceso judicial que tiene como personaje protagónico al juez, el mismo que se verá ante una “determinación de la pena [que] se encuentra en el “triángulo mágico” que forman las necesidades de proporcionalidad, de la culpabilidad del sujeto en el hecho y las necesidades de prevención general y especial que se presentan en el caso concreto” (Mendoza F., 2015, p. 96), y según ello llegar a una cuantificación final de la sanción; aunque estas necesidades, no en pocos casos, exijan fines aparentemente contradictorias. Para MENDOZA AYMA, las iniciativas de estas teorías, parecen no haber sido fructuosas en la intención de conciliar los fines de la pena, pues aduce lo siguiente:

“Para la consecución material de sus fines, en la concreción de la pena, las teorías legitimadoras de la pena han propuesto una incipiente dogmática instrumental, en el iluso norte de materializar sus fines contra fácticos. De hecho, ninguna de estas teorías legitimadores del poder punitivo, por sí solas, han desarrollado una dogmática que permita concretar el proceso de individualización judicial de la pena, el carácter contra fáctico de sus fines, imposibilitaron el surgimiento y desarrollo de una dogmática de la individualización judicial de la pena, que permita controlar esta actividad” (Mendoza F., 2015, p. 93).

Empero, en el esfuerzo por armonizar o encontrar solución a las antinomias –llamada así en la doctrina alemana a las contradicciones entre los fines de retribución y prevención general-especial de la pena– de los fines de la pena, ciertas teorías han cobrado protagonismo en la doctrina alemana, a la que se le debe su nacimiento y desarrollo: teoría de la pena exacta o puntual, teoría del ámbito o espacio de juego, teoría del valor jerárquico del empleo, teoría de la combinación, y teoría de la proporcionalidad.

2.4.1. TEORÍA DE LA PENA EXACTA O PUNTUAL

La teoría de la pena exacta o puntual (en su traducción al alemán “*Punktstrafe Theorie*”), “niega la existencia de un marco de culpabilidad y afirma que solo existe una pena adecuada a la culpabilidad” (Mendoza F., 2015, p. 95). Dicho de otra manera, esta teoría defiende la postura de la existencia de una pena totalmente individualizada, por tanto, única, que condice con la magnitud de la culpabilidad del infractor. Siendo que, la individualización de la pena no puede ser influenciada según los fines de prevención general y especial para determinarla dentro de un marco legal, “esta teoría niega por tanto el concepto de un “espacio de juego” porque entiende que existe una única pena justa y adecuada a la culpabilidad” (Demetrio E., 1991, p. 187); por lo que, se desprende que está de acuerdo con la retribución como fin de la pena.

Esta teoría, impulsada principalmente por ARTHUR KAUFMANN, obtuvo diversos cuestionamientos y críticas respecto a la imposibilidad de calcular una pena exactamente proporcional al grado de culpabilidad por la obvia incapacidad humana y distinta forma de valoración y ponderación de la pena por parte de los jueces. Ante la reflexión sobre el principio de culpabilidad, KAUFMANN explicó:

“Efectivamente, cuál haya de ser la pena correcta en el caso individual, ya que, la culpabilidad es para él un fenómeno metafísico y ninguna teoría que acoja el principio de culpabilidad puede lograr un principio de medición para calcular la pena absolutamente correcta, pero que la falta de claridad de los conocimientos metafísicos no implica por el contrario al de los estados y objetos metafísicos. Por ello no puede deducirse que la medida de la pena no sea determinable en el caso concreto, ni que la medida de la misma se mueve en un espacio de juego. La teoría del espacio de juego –continúa diciendo– confunde el aspecto del conocimiento teórico con el aspecto ontológico del problema” (Demetrio E., 1991, p. 188).

Heinz Zipf (1969), argumenta que, los detractores reafirmaron que la culpabilidad no podía ser el único el elemento a valorar que conduzca a una pena exacta, pues se trataría de un “absoluto inmovilismo político-criminal” (Demetrio E., 1991, p. 188). Y, por otro lado, “se rechaza (...) un concepto metafísico de la culpabilidad que sea capaz de decir en cada caso qué pena corresponde exactamente a lo “merecido” por el autor” (Demetrio E., 1991, p. 188), pues no se trata que el ser humano sea incapaz de determinarla, sino que niegan la existencia de la pena totalmente exacta.

2.4.2. TEORÍA DEL ÁMBITO O ESPACIO DE JUEGO

Una teoría opuesta sustancialmente a la teoría de la pena puntual o exacta, es la teoría del ámbito o espacio de juego (en alemán “*Spielraumtheorie*”). Elaborada por la jurisprudencia alemana, esta teoría admite un marco de culpabilidad delimitado por un máximo y mínimo legal, en el que el juez mediante la valoración de los fines retributivos y preventivos especiales y generales de la pena –*teorías absolutas y relativas*–, puede ponderar una pena adecuada y razonable a la culpabilidad; por lo tanto, niega la existencia de una única pena según sólo el grado de culpabilidad. El Tribunal Supremo Federal Alemán – BGH (1976), en su doctrina argüe de manera gráfica que “la pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada. Existe un espacio de juego, que está delimitado por arriba de la pena ya adecuada a la culpabilidad y por debajo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad” (Demetrio E., 1991, p 188).

Se le ha reconocido a esta teoría de procurar dar solución a las antinomias de los fines de la pena, y han sido innumerables los doctrinarios en brindar opiniones y

mostrarse a favor de una determinación judicial de la pena mediante un ámbito o espacio de juego, que finalmente resulta ser el paso intermedio y anterior para llegar a la pena exacta o puntual.

Uno de los más enfáticos fue el alemán HANS-JÜRGEN BRUNS, quien opinó que ésta teoría “quiere reducir la dureza de los términos de dicha antinomia que los presenta como excluyentes entre sí, e implantar una conciliación entre los mismos que supere el sincretismo inútil de las teorías de la unión” (Demetrio e., 1991, p. 190), y agrega sobre la distinción entre la teoría del espacio de juego como estadio intermedio de la medición de la pena exacta y el problema de esa adecuación de la cantidad de la pena final, lo siguiente:

“La determinación provisional de la pena, exclusivamente bajo puntos de vista culpabilidad-expiación, conduce a un marco estrecho en el interior del marco penal típico o de un marco penal alternativo. La fijación última de la pena definitiva, sin embargo, debe terminar en una pena exacta (puntual). Por consiguiente, la idea de espacio de juego tiene validez sólo para la primera fase de las mencionadas” (Demetrio E., 1991, p. 190).

2.4.3. TEORÍA DEL VALOR RELATIVO O JERÁRQUICO DEL EMPLEO

Esta teoría parece querer darle un orden jurídico práctico a la teoría precedente mediante un proceso de determinación e individualización de la pena a través de etapas o fases. La teoría del valor relativo o jerárquico del empleo (en su traducción al alemán “*Stellenwerttheorie*”) supone brindarle en cada etapa de la determinación, un valor a los fines de la pena.

Para ECKHARD HORN (1969),

“El sentido y sistema de la ley, la fijación de la sanción debe concebirse como un proceso de dos niveles, en el cual el juez fija primero el peso del injusto culpable en el *quantum* de pena, mientras que las consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales son tomadas en consideración en segundo lugar para determinar de qué modo hay que imponer la pena adecuada a la culpabilidad, si ésta debe o no debe ser ejecutada” (Demetrio E., 1991, p. 190).

La primera etapa de la determinación de pena es guiada por el criterio de retribución, la graduación de la culpabilidad establece un punto fijo en el marco legal penal del delito; y, la segunda etapa, consiste en que mediante la valoración de los criterios de prevención general-especial, el juez gradúe en la órbita de la culpabilidad, la pena final, determinando *—a su vez—* la clase de pena y el modo de ejecución. En esta misma línea discursiva sobre la segunda etapa, HORN finaliza su análisis y se pronuncia sobre priorizar la prevención especial positiva: “La prevención especial debe jugar para la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad que sea al menos “no perjudicial” para la resocialización de autor” (Demetrio E., 1991, p. 190).

2.4.4. TEORÍA DE LA COMBINACIÓN

Esta teoría también tuvo su preludio en Alemania por la influencia de las teorías de la unión sobre los fines de la pena. MENDOZA AYMA citando al profesor MIR PUIG, explica la naturaleza de esta doctrina, argumentado que “para esta teoría la pena aplicable a cada injusto se halla en el “triángulo mágico” de la culpabilidad, la prevención general y prevención especial” (Mendoza F., 2015, p. 96). Por consiguiente, anhela aunar los elementos de grado de culpabilidad con los fines que persigue la prevención general y especial para llegar a concreción de la pena. Estos elementos o fines eran valorados en diferentes etapas hasta llegar a la punición final: “i) debe retribuir el ilícito según la culpabilidad del infractor, ii) debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual reincidencia en el delito. Finalmente, la sanción punitiva iii) debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad” (Mendoza F., 2015, p. 96).

Como ha sido explicado por el profesor PADRO SALDARRIAGA, “la principal limitación de estas propuestas dogmáticas, es la imposibilidad de materializar sus fines o por lo menos constatar empíricamente sus resultados”⁴² (Mendoza F., 2015, p. 97); pues, se limitan subjetivamente a asignarles una función a los fines de la culpabilidad y de la prevención en cada etapa de la dosificación de la pena de manera idealista.

2.4.5. TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO

⁴² En esa línea apunta PRADO SALDARRIAGA: “la imposibilidad real de establecer dicho “marco” o de medir e “punto adecuado” a la culpabilidad, así como la excesiva abstracción de las etapas de concreción sugeridas, han determinado que tales posiciones pierdan aceptación y proyección práctica, y con mayor razón en países como el nuestro donde el trabajo judicial de la determinación de la pena es marcadamente empírico”. (“La determinación judicial de la pena”, cit., p. 538).

La teoría de la proporcionalidad con el hecho (en alemán “*Tatproportionalitäts Theorie der Strafzumessung*”), asumida por algunos países escandinavos – principalmente Inglaterra y EEUU–, profesa la renuncia a los criterios de prevención general-especial para la concreción de la pena; “en ese sentido, sus partidarios proponen ceñirse para la medición de la pena a la gravedad del hecho de acuerdo con la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor” (Demetrio E., 1991, p. 203), ello con la finalidad de hallar –en un sentido absoluto y radical– justicia e igualdad con una proporcionalidad entre hecho-sanción.

El neoclasicismo penal que caracteriza a esta teoría, el cual se basa en ideas, valores y filosofías de la Ilustración (XVIII), empero con influencias y experiencias recientes o contemporáneas, procuran tasar una pena justa según la gravedad de la conducta y la culpabilidad del autor; no obstante ello, soslaya aquellas circunstancias relacionadas con las cualidades o conductas del infractor en el lícito para la concreción de dicha pena, excepto como explica “Hörnle T. (s. f.), [que esa] conducta del delincuente es relevante solo con respecto al alcance, al cual la conducta o sus circunstancias concomitantes comprometieron los derechos de la víctima” (Ávalos C. 2015, p. 70); es decir, usa “la perspectiva de la víctima como un mecanismo para identificar la relación apropiada entre severidad del delito y la duración de la condena” (Ávalos C., 2015, p. 70); en ese sentido, el grado de responsabilidad dependerá de un solo criterio, la magnitud de la vulnerabilidad de la víctima. Esta postura fue defendida empeñosamente por el alemán TATJANA HÖRNLE, quien a modo de ejemplo, indicó:

“Algunos autores sostienen que cometer un delito de noche muestra energía criminal incrementada. Otros argumentan que un delito cometido en pleno día demuestra la audacia del perpetrador y así, un alto nivel de energía criminal. Tales argumento carentes de sentido deben ser evitados. Desde una perspectiva de la víctima, el momento del día como tal no juega ningún papel en la severidad del delito. Estas son, de cualquier manera, combinaciones del lugar y momento que pueden influenciar la valoración de la responsabilidad, pero solo cuando el delincuente explota una específica vulnerabilidad de la víctima. Tal vulnerabilidad puede resultar a partir de la ubicación de la víctima en un lugar que es generalmente o en ocasiones desolado. Pero para realizar este argumento, se requiere un concreto

análisis de la situación; apuntar simplemente al momento del delito no es suficiente” (Ávalos C., 2015, p. 70).

En efecto, según lo que se puede colegir del argumento precedente, los precursores de esta teoría, centran su atención para la concreción de la pena en la vulnerabilidad e interés de la víctima, sin que se valore circunstancias o factores subjetivos o sociales, que en la praxis penal es indispensable para la determinación de la medida de la pena –*por mencionar un ejemplo, esta teoría es inconciliable con nuestro ordenamiento jurídico, ya que en la etapa operativa de la determinación del marco concreto, se valoran circunstancias o criterios no relacionados con la víctima contenidos en el artículo 46° de Código Penal*–. Asimismo, motivados en hallar justicia e igualdad, los dogmáticos de esta teoría han rechazado abiertamente la intención de incluir un criterio de prevención general-especial –*especialmente los fines de la prevención especial positiva*– aduciendo que resultaría superflua, toda vez, que no ha sido demostrado indubitadamente los efectos de sus fines, con lo que a mi entender, ésta teoría asumiría criterios retributivos. Respecto a la imposibilidad de considerar viable los fines de las teorías de la prevención, TATJANA HÖRNLE, ha señalado:

“Hans-Jörg Albrecht ha demostrado en un estudio comprensivo, que en general, la cuestión de la prevención es mucho menos importante que pregunta acerca de cuánto mal se ha causado con el crimen. Ningún involucrado en las prácticas de la justicia penal asume que los jueces verdaderamente escogen entre la prevención general y la prevención especial de forma rutinaria. Los criminólogos están de acuerdo que es prácticamente imposible decir exactamente que tales penas poseen tales efectos preventivos. Y sería completamente imposible para los jueces realizar dichos juicios de manera científicamente seria” (Ávalos C., 2015, p. 68).

El desarrollo de estas teorías foráneas –*alemanas*– de la individualización judicial de la pena, condicen con los criterios asumidos para la individualización judicial de la pena que aplica el juez peruano –*como será analizado infra*–. En la actualidad, en el Perú como en todos los países Iberoamericanos, el estudio doctrinario de la teoría de la individualización judicial de la pena es limitada o casi nula. Así lo adelantaba el profesor EUGENIO ZAFFARONI, al argüir que:

“En pocas materias penales el magistrado latinoamericano está más abandonado a su suerte por la doctrina que, cuando una vez probado el delito y calificado penalmente el mismo, debe cuantificar la pena a imponer. Pareciera que allí termina la doctrina y se cae de pleno en terreno de las meras consideraciones personales, subjetivas e intuitivas, es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque está falta de sustento racional” (Mendoza F., 2015, p. 84).

No cabe duda, que los operadores de justicia en el Perú se han esforzado por mejorar en base a criterios jurisprudenciales *—principalmente con la innovación de los criterios incorporados con la reforma del Código Penal por la Ley N° 30076—* el proceso de determinación de la pena, ello nos permite acogernos a una específica teoría de la determinación de la pena, como lo había planteado, a la teoría de la determinación legal relativa, y posteriormente a un sistema de tercios con un margen legal aún más cerrado según la presencia de determinadas circunstancias relevantes. Sin embargo, cuando nos encontramos en el estadio concreto de las teorías de la individualización judicial de la pena, ninguna teoría ha sido asumida taxativamente en nuestro país. El escaso desarrollo de la dogmática sobre la teoría que acogería el juez peruano en la individualización de la pena, no ayuda y no permite de manera indubitable, adherirnos y desarrollar *—hasta el momento—* plenamente alguna de las teorías individualización judicial de la pena; pues, en palabras del profesor MENDOZA AYMA: “Es constatable la ausencia de la reflexión y aplicación de alguna de estas teorías legitimadoras, somos los espectadores del debate de la dogmática de la individualización de la pena que se realizan en países centrales” (Mendoza F., 2015, p. 98).

CAPÍTULO TERCERO

DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PERÚ

“Nullum crimen, nulla poena sine lege”.

PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH (1775-1833).

3.1. CUESTIONES PRELIMINARES

El proceso de determinación, individualización, concreción, dosificación o cuantificación de la pena, involucra una actividad cognoscitiva valorativa cuantitativa y cualitativa de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en el caso *sub iudice*, que servirán para delimitar la culpabilidad del autor o participe en el delito, y establecer, finalmente, la clase e intensidad de la sanción o consecuencia jurídica que se ha de imponer. Para el profesor MIR PUIG, la “determinación de la pena”, es la “fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale” (Mir Puig S., 2002, p. 700), continúa explicando más adelante que, en sentido amplio la especificidad de la pena incluirá “la decisión acerca de la suspensión o su sustitución por otras penas o medidas de seguridad” (Mir Puig S., 2002, p. 700); es decir, el proceso de determinación de la pena “trata de decidir el *quantum* de la pena a aplicar por la realización de un hecho” (Bustos J., 2004, p. 701).

Es el Estado, el único legitimado para imponer penas mediante la materialización del *ius puniendi*; sin embargo, este poder punitivo, encuentra principios limitadores en las etapas de la determinación de la sanción penal –llamado así por la doctrina a los

momentos que recorre la pena desde su génesis hasta su ejecución—: etapa legal, etapa judicial y etapa administrativa, que posibilitarán que esa concreción se establezca sucesivamente desde el Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, conforme a los fundamentos y principios que defiende un Estado social y democrático de derecho.

Fue a través de la combinación de las posturas del sistema de penas indeterminadas —*arbitrio judicial*— y el sistema de determinación de penas fijas —*legalismo absoluto*—, que el sistema actual de fijación legal de un marco punitivo o determinación legal relativa que asume el Perú, posee características con “una cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial” (Mir Puig S., 2002, p. 700), donde “la ley fija un marco penal, con unos límites máximo y mínimo, dentro del cual corresponde al juez la determinación de la pena concreta” (Mir Puig S., 2002, p. 701). En ese esquema descrito, en el que la determinación de la pena supone un procedimiento “operativo jurisdiccional” para establecer el *quantum* específico de la sanción a imponer; en buena cuenta, poseerá un momento legal y otro momento judicial que se desarrollarán por el juez de manera consecutiva. Para un mejor entender respecto al *nomen iuris* empleado para cada etapa operativa que nuestro sistema penal ha asumido, adoptaremos las concepciones explicadas por los profesores MIR PUIG y DEMETRIO CRESPO. El primero explica que:

“La individualización apunta a la adaptación al caso en concreto. Tal adaptación puede hallarse regulada, en parte por la propia ley, y de ahí nace el concepto de individualización legal; pero la determinación legal de la pena exige algo previo a dicha individualización: requiere la propia fijación del marco penal típico” (Mir Puig S., 2002, p. 701).

Por su parte, el profesor DEMETRIO CRESPO, siendo aún más enfático y específico con la diferenciación de la nomenclatura y la definición que es compatible con nuestro ordenamiento jurídico, refiere que:

“En primer lugar conviene recordar una diferenciación conceptual previa⁴³, y es la existente entre la “*determinación legal de la pena*” (“*Strafbemessung*”) y la “*individualización judicial de la pena*” (“*Strafzymessung*”). En el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas

⁴³ “Cfr: SALEILLES, Raymond, *La individuación de la pena*, Prólogo de M.G. Tarde, 2º ed. traducida por Juan de Hinojosa, Madrid, Hijos de Reus de Reus Editoriales, 1914, pp. 269 y ss.”

penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo. De este modo se pone a disposición del juez un espacio de juego (*“Spielraum”*), o marco legal (*“Strafrahmen”*). A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la *individualización de la pena por el juez*, éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador⁴⁴ (Demetrio E., 1991, p. 41).

El concepto funcional adoptado por el Perú, referido a la “determinación de la pena”, está vinculado con la legalidad; y, el de la “individualización judicial de la pena”, a la función puramente discrecional. Estas etapas operativas de la determinación e individualización judicial de la pena que representa la cúspide de la actividad resolutoria del juez, es de vital importancia para la presente investigación; pues, dentro de la actividad legal, el juez deberá primero determinar el marco abstracto de la pena, que no es otra cosa que la pena establecida en el tipo penal para el injusto; y segundo, determinar el marco concreto, aplicable al caso según la valoración de las circunstancias comunes o genéricas y una vez delimitado los marcos concretos o los tres tercios; por último, la actividad discrecional, racional, valorativa y cognoscitiva que realice el juez para determinar la pena exacta o puntual, deberá fundarse en aquellas circunstancias que condicionan la antijuridicidad y que fundamentarán el límite de su culpabilidad *—sin embargo, cabe resaltar que, aún es álgidamente debatible la doble valoración de las circunstancias comunes o genéricas que afectan el nem bis in ídem y que sirvieron para ubicar el marco concreto—*, orientado por los márgenes establecidos por los principios constitucionales extraídos de los objetivos del derecho penal peruano y concretamente de los fines que persigue la pena en el Estado, que finalmente justificarán el *quantum* de la pena con límites cuantitativos y cualitativos.

3.2. ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

La pena se diversifica en tres estadios que le corresponden a los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, correlativamente a la etapa legal, etapa judicial y etapa administrativa.

3.2.1. ETAPA LEGAL

⁴⁴ “MEZGER, Edmund, “Strafweck und Strafzumessungsregeln” en *Materialen zur Strafrechtsreform*, 1954, I.Bd, pp. I-28, esp.p.I [Cit.: “Strafzweck...”]; SPENDEL, Günter, *Zur Lehre von Strafmass*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955, pp. 160 y ss. [Cit.: *Zur Lehre...*”]

“A nivel legislativo no se realiza un proceso de individualización, dado que por la misma naturaleza de generalidad y abstracción de las leyes, estas solo fijan un determinado marco punitivo y criterios normativos generales para individualizar la pena” (Mendoza F., 2015, p. 100); empero, para la determinación del marco legal con un límite máximo y mínimo específico para un ilícito, el legislador se orienta conforme a los principios, principalmente, de protección de los bienes jurídicos, proporcionalidad y culpabilidad.

3.2.2. ETAPA JUDICIAL

“La determinación e individualización de la pena se concreta en el momento judicial, pues se tiene el contexto fáctico de la comisión del hecho delictivo y a su presunto autor, datos que permitirán, recién asignar un significado normativo a las pautas constitucionales y legales, establecidas para el proceso de individualización de la pena”⁴⁵ (Mendoza F., 2015, p. 101).

Siendo esta etapa eminentemente subjetiva, el juzgador debe, a su vez, orientar su labor según los márgenes establecidos en la ley para la individualización de la pena exacta o puntual, empleando los principios constitucionales de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas, e igualdad en la aplicación de la ley penal, para concretar los fines que se propone con la pena a imponer.

3.2.3. ETAPA ADMINISTRATIVA

“Sebastián Soler (1945), explica que también se concibe una individualización penitenciaria de la pena (Poder Ejecutivo), porque esta no se encuentra sujeta a parámetros de control jurisdiccional, sino que corresponde a criterios de Tratamiento Penitenciario Interdisciplinario (psicólogo, social y administrativo)” (Mendoza F., 2015, p. 93); en este contexto, encontramos el esmero por propiciar un papel activo del Estado, que oriente un diálogo entre éste y el condenado para lograr su

⁴⁵ ZAFFARONI critica la propuesta realizada por SAIELLES. Refiere que la “idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no corresponde al marco de un estado constitucional de derecho, sino a una distribución de tareas extrañas al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En efecto el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y, por ende, debe hacerlo desde que abre al marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada. Pretender que el derecho penal no puede objetar los ámbitos de arbitrio punitivo señalados por las agencias legislativas, y que la administración tiene un cargo exclusivo en la ejecución, es tanto como negar ese control sobre la actividad criminalizante de las agencias políticas penitenciarias”. (ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 949).

resocialización –no sólo a través del Sistema Penitenciario, sino a través de organizaciones involucradas con la resocialización, reeducación y reincorporación del penado–, que finalmente constituye el baluarte del cumplimiento de los fines de la pena de un Estado social y democrático de Derecho.

3.3. PRINCIPIOS QUE LIMITAN EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO EN LAS ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

El monopolio del *ius puniendi* le corresponde al Estado; empero, solo puede hallar su justificación de su derecho de castigar, ante la necesidad de protección de la sociedad y la prevención del delito. El dotar de un poder punitivo limitado al Estado –recordemos–, le debe su nacimiento al pensamiento Ilustrado del siglo XVIII durante la Revolución Francesa. Esta limitación pasó a inspirar a otras legislaciones y lo incorporaron en sus Cartas Magnas, y éstas a su vez, inspiraron al ordenamiento jurídico peruano. Nuestra Constitución Política de 1993, nos define como un Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁶, y como tal se derivan de estas funciones principios con bases constitucionales, limitadores al poder punitivo. Esto fue expresado también en el Fundamento N° 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, de fecha 13 de octubre de 2006 de la siguiente manera:

“El diseño de un estado democrático de derecho importa límites al *ius puniendi* del Estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el razonamiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales y de las condiciones de su realización”.

Antes de adentrarnos específicamente a cada principio que actúan como límites derivados del Estado de Derecho y del Estado Democrático; es menester precisar la clasificación que realiza el profesor MIR PUIG a los límites del derecho penal subjetivo del Estado. Arguye que existen dos límites derivados; primero, del “Fundamento Funcional del *Ius Puniendi*”, estos son los principios de “*derecho penal como ultima ratio*”, que parte de que la pena –entiéndase al término “pena” como pena privativa de libertad– no es la única consecuencia jurídica que dispone el ordenamiento jurídico para proteger los bienes jurídicos; por el contrario, existen mecanismos menos lesivos y tanto

⁴⁶ Constitución Política del Perú de 1993, “Artículo 43°: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

o más eficientes que la pena que se le pretende imponer al ciudadano; y, el principio sobre el “*carácter fragmentario del derecho del derecho penal*”, principio que reafirma la intervención del derecho penal sólo ante los ataques más peligrosos a los bienes jurídicos. Y una segunda clasificación, sobre los límites derivados del “Fundamento Político del *Ius Puniendi*”, y es de ésta que se consagran los “límites derivados del Estado de Derecho”, únicamente el “*principio de legalidad*” y “los límites derivados del Estado Democrático”, los “*principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad*” que limitan el poder según los momentos en el que se diversifica la función de la pena: momento legal, momento judicial y momento administrativo. Esta clasificación según el fundamento político del *ius puniendi*, servirán de modelo para el desarrollo de los principios limitantes al poder punitivo en cada fase de la vida de la pena, que serán desarrollados y complementados con principios que forman parte de nuestra legitimación extrínseca e intrínseca propio del contexto jurídico de nuestro Estado.

Nuestro sistema de leyes e instituciones que se orientan según los principios y deberes establecidos en torno a nuestra Constitución Política de 1993, nos hace un Estado Social o de Derecho⁴⁷; en consecuencia, ante el sometimiento de todos a la ley, el límite derivado de un Estado de Derecho es el “*principio de legalidad*” expresado formalmente con el aforismo o formulación en latín “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

“Pradel & Roxin (1997) explican que, en ese sentido, la legalidad es el factor esencial del Estado de derecho, en el que los órganos administrativos y jurisdiccionales deben respetar las leyes generales establecidas mediante las leyes, para garantizar el respeto de las libertades individuales y el normal desarrollo de la vida de la comunidad” (Hurtado J., 2005, p. 139).

El principio de legalidad, fue entendido en su sentido moderno, “sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución Francesa, se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano” (Mir Puig S., 2003, p. 126). Como primera expresión de la legalidad, el pueblo profirió poderes con la condición de mantener vigente el contrato social de su participación en la vida política del Estado y creó el Poder

⁴⁷ Constitución Política del Perú de 1993, “Artículo 43°: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

Legislativo, que constituía y representaba la voluntad general. Esta participación, incluyó la necesidad de regular el delito y las penas a condición de que exista una ley previa que establezca de manera suficiente el accionar del juez y le limite a imponer la sanción preestablecida.

“Exigir que las penas se hallen previstas en la ley persigue, como se ve, que cuenten con consenso de los ciudadanos, únicos legitimados para establecer las privaciones de derechos fundamentales que implican. El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de *seguridad jurídica*, que permita sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”⁴⁸ (Mir Puig S., 2003, p. 127).

En ese sentido, el principio de legalidad se constituyó como la principal columna del derecho penal, pues de él se deducen el principio de separación de poderes, de seguridad jurídica y democracia, estableciéndose así en los Pactos Internacionales y por primera vez en nuestra Constitución de la República del Perú de 1828, en su artículo 150⁴⁹.

Sin embargo, en un Estado “(...) no basta que el poder se ajuste a derecho, sino que es preciso que ese derecho sirva a cada ciudadano. De esta exigencia nacen nuevos límites al derecho a castigar e imponer medidas de seguridad que corresponden a un Estado democrático” (Mir Puig S., 2003, p. 134). Siendo así, en el que de un Estado Democrático⁵⁰ se desprenden más principios limitadores de la función punitiva estatal, éstas serán expuestas a continuación según la función de la pena diversificada en cada momento de su existencia.

3.3.1. PRINCIPIOS LIMITANTES EN LA ETAPA LEGAL

Estos límites están principalmente dirigidos al legislador en la tarea de crear nuevos delitos y establecer la pena con sus márgenes máximos y mínimos en los que el juez

⁴⁸ Éste es el sentido del pasaje de BECCARIA más arriba citado en el que se destaca: 1°) que sólo el legislador puede concretar penas porque solamente él representa a toda la sociedad unida por el pacto social; 2°) que los jueces no pueden, consiguientemente, “aumentar la pena establecida” por las leyes, ni siquiera “bajo pretexto de celo o bien jurídico”: C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 29 y siguiente.

⁴⁹ Constitución de la República del Perú de 1828, “Artículo 150°: Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

⁵⁰ Constitución Política del Perú de 1993, “Artículo 43°: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

ha de realizar el procedimiento “Sistema de Tercios” e individualizar la pena exacta o puntual.

3.3.1.1. Principio de Legalidad, Principio de Determinación o Certeza y Principio de Taxatividad o Tipicidad

El Principio de Legalidad, es expresado con la formulación en latín “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que en su traducción al español significa “*no hay crimen, ni pena sin ley*”. Se encuentra prescrito en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Así también, en el artículo 2º, numeral 24, inciso d) de la Constitución Política de 1993: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Se trata de “(...) una garantía auténtica constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático” (Rosas J. & Oré A., 2016, p. 34).

“[E]l principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a las leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por los jueces independientes (...). [S]upone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo (...)”⁵¹ (Rosas J. & Oré A., 2016, p. 34).

Este principio cumple Garantías Generales: Criminal, Penal, Judicial o Jurisdiccional y de Ejecución; y, Garantías Específicas: Ley Escrita (“*lege scripta*”), Ley Previa (“*lege praevia*”), Ley Estricta (“*lege stricta*”). Sin embargo, no todas estas Garantías se dirigen a la labor del legislador para el establecimiento de penas relativamente determinadas; sino, únicamente los límites los encuentra en

⁵¹ STC Exp. N° 02302-2003-AA, f. j. 32.

las Garantías Generales: Criminal y Penal; y, en las Garantías Específicas: Ley Escrita (*“lege scripta”*) y Ley Estricta (*“lege stricta”* *“lege certa”*).

La Garantía General Criminal, está fundamentada en la primera frase del artículo II del Título Preliminar del Código Penal, que precisa que: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, (...)”, se infiere que sólo es delito lo que la ley establece como delito. Se corresponde con aforismo *“nullum crimen sine lege”*. A merced de la Garantía General Penal, sólo puede imponerse las penas preestablecidas en la ley, representado plenamente en la segunda frase del artículo II del Título Preliminar: “Nadie será (...), ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Se corresponde con el aforismo *“nulla poena sine lege”*. Estas Garantías hacen que el legislador pueda anticipar con la creación de nuevo tipo penal, determinar su marco abstracto y positivizarlo antes de su comisión.

El aforismo *“nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta”*, describe cada una las Garantías Específicas del principio de legalidad. La Garantía Específica de la Ley Escrita (*“lege scripta”*), se encuentra consagrada en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, pero a su vez, en los artículos 107°, 108° y 109°⁵² de nuestra Carta Magna, en el que se regula la formación y promulgación de leyes. El legislador, de acuerdo al procedimiento constitucional puede crear y promulgar leyes en materia penal mediante decretos legislativos, leyes orgánicas, leyes ordinarias; y, muy discutidamente, mediante decretos de urgencia. Siguiendo la misma línea discursiva, el profesor MIR PUIG, comenta:

“[la] (*lege scripta*) quiere destacar la exclusión de la costumbre como fuente de delitos y penas. La ley emana del Poder Legislativo o asimilada –ley formal, decreto-ley o decreto-legislativo– es la única vía de creación de derecho penal,

⁵² Constitución Política de 1993, “Artículo 107°: El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley. Artículo 108°: La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. Artículo 109°: La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.”

porque este debe dictarse por los representantes del pueblo (...)” (Mir Puig S., 2003, p. 128).

La Garantía Específica de la Ley Estricta (*“lege stricta”*), “impone un cierto grado de precisión a la ley penal y excluye a la analogía –por lo menos en cuanto perjudique al reo–” (Mir Puig S., 2003, p. 128). En esta Garantía, nos importa el límite establecido para el legislador de describir tipos penales de manera estricta; es decir, establecer qué conducta se considera como delito, sin hacer planteamientos genéricos que lleven a vacíos o lagunas legales.

“[El] Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 *et passim*) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual este debe ser claramente determinado por la ley, de modo expreso e inequívoco (*lex certa*), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir in margen limitado de indeterminación como consecuencia propia de la naturaleza del lenguaje”⁵³ (Rojas F., 2012, p. 389).

Esta Garantía se materializa a través del Principio de Determinación o Certeza y del Principio de Taxatividad o Tipicidad. El primero, permite exigir al legislador describa la clase de conducta que constituye delito, no se trata pues, de un descripción absolutamente detallada, basta que exprese elementos suficientes para entender indubitavelmente qué es lo que está prohibido. El segundo principio, se trata de una derivación lógica del principio de Determinación o Certeza. Se refiere a que el hecho real debe representar exactamente lo prohibido en la norma jurídico penal, debiéndose de darse en la realidad todos los elementos descritos en el tipo y en el orden que dicta la ley: supuesto de hecho –*Taxatividad o Tipicidad Subjetiva: referida a la conducta interna, dolo o culpa. Taxatividad o Tipicidad Objetiva: conducta externa descrita, el hecho en la realidad*–, ordenador y consecuencia jurídica. Sobre este principio, se ha pronunciado la Corte Suprema mediante Ejecutoria Suprema en la Queja N° 53-2009-LIMA de fecha 05 de mayo de 2009, argumentando lo siguiente:

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de enero del 2007, Exp. N° 014-2006-PI/TC.

“Este principio [legalidad] contiene además, como uno de sus exponentes concretos, al principio de tipicidad, que consiste en términos simples en la adecuación del comportamiento o conducta atribuida a la descripción que se hace del mismo en la parte especial del Código Penal. De esta forma, la tipicidad refrendada en el texto legal protege al ciudadano del ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado, pues en un Estado de Derecho se debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal (Claus Roxin)”⁵⁴ (Rojas F., 2012, p. 392).

3.3.1.2. Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos o Principio de Lesividad

El principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos o de Lesividad, está representado por el aforismo “*nullum crimen sine inuria*” y consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, en el que estipula: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Este principio, según lo explicado por el profesor MIR PUIG, implica que:

“Un Estado democrático sólo puede utilizar la pena y la medida de seguridad para la protección o fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos. Los bienes jurídicos son los bienes en que se concretan tales condiciones de vida. Luego el derecho penal sólo podrá proteger los bienes jurídicos. Confiriendo a este planteamiento el contenido social que creo indispensable, porque el ámbito específico de la regulación jurídica lo constituyen los sistemas sociales, deberá decirse que un derecho penal democrático ha de limitarse a proteger aquellos procesos de interacción social que, a lo largo o a corto plazo, son necesarios para la subsistencia o mínimo funcionamiento de la estructura social (es decir, los bienes jurídicos), en cuanto ello constituye la condición de la vida de cada uno de sus miembros” (Mir Puig S., 2003, p. 135).

En ese sentido, el legislador al momento de calificar una conducta como reprochable penalmente e incluirla en el catálogo de delitos, debe respetar los

⁵⁴ Ejecutoria Suprema del 5/5/2009, Queja N° 53-2009-LIMA.

criterios defendidos por un derecho penal propio de un Estado democrático; es decir, dar protección a determinados valores, que de no protegerlos, pongan en riesgo el buen funcionamiento de la sociedad. La intervención del derecho penal ante la protección de valores o bienes jurídicos necesarios para la subsistencia de la sociedad, derivan al ya analizado principio de aplicación del derecho penal como *última ratio* y el principio sobre el carácter fragmentario del derecho penal.

Por otro lado, es indispensable constatar que el hecho producido en la vida real, dañe o ponga en peligro los bienes jurídicos. “(...) El [principio] de lesividad, por el que para la imposición de la pena, necesariamente se requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”⁵⁵ (Rojas F., 2012, p. 407). Respecto a lo se debe entender por puesta en peligro ROJAS VARGAS citando a Bacigalupo E. (2004), destaca que:

“Los delitos de peligro –especie de tipo penal según las características externas de la acción– pueden definirse como aquellos en los que no se refiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar” (Rojas F., 2012, p. 410).

La intervención del Estado a través del legislador, sólo se justifica cuando protege intereses sociales de la mayoría y cuando esa intención se realiza con la finalidad de proteger esos bienes jurídicos para evitar conflictos.

3.3.1.3. Principio de Culpabilidad o Responsabilidad Penal

Este principio es representado con la formulación en latín “*nulla poena sine culpa*”. El Código Penal de 1991, evitó por primera vez usar el término “culpabilidad” para que no haya confusión con el criterio retributivo propio de las teorías absolutas del fin de la pena; empero, como fue explicado *supra*, la culpabilidad en las teorías mixtas o de unión, propiamente la teoría que acoge el Perú al igual que la teoría unificadora dialéctica de Roxin, asumen el elemento de la culpabilidad sólo para la graduación de la pena. Este criterio sobre el uso de la

⁵⁵ Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 29 de mayo del 1998, Exp. N° 25-98-B.

culpabilidad para la graduación y medición de la pena, será usado en los límites al momento judicial de la determinación de la pena.

El Principio de Culpabilidad o Responsabilidad Penal fue establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, del siguiente modo: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

“El principio de culpabilidad se basa en la responsabilidad penal y tiene diversas implicaciones prácticas. La principal es que se exige culpa del autor (dolo o imprudencia) para que exista ilícito penal y, por tanto, sanción aparejada: *nulla poena sine culpa*. (...)” (Rosas J. & Oré A., 2016, p. 43).

“El Principio de Culpabilidad, establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente”⁵⁶. El legislador se encarga pues, de establecer el conjunto de condiciones que debe recurrir en la conducta del sujeto para ser susceptible de reproche o sanción penal. El profesor MIR PUIG citando a Baumann J. & Mezger-Blei (s. f.), establece dos exigencias que debe contener la norma penal y que concilie con los límites que advierte el principio de legalidad:

“Tradicionalmente se incluyen en él dos exigencias de diversa naturaleza. Por una parte, la necesidad de que requiera entre los presupuestos de la pena la concurrencia de dolo o imprudencia y se deje sin castigar el caso fortuito. Por otra parte, el postulado de que la pena se condicione a la posibilidad de reprochar en hecho a su autor, por ausencias de causas de inimputabilidad o de inculpabilidad” (Mir Puig S., 2003, p. 136).

El legislador debe tomar en cuenta que dentro de las conductas que se pretenden sancionar, incluyen aquellas realizadas con dolo o culpa o responsabilidad subjetiva, e “[indica] las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo,

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC-LIMA de fecha 03 de setiembre de 2010, F. 12.c).

se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (máximos y mínimos)”⁵⁷.

Se derivan del principio de culpabilidad o de responsabilidad penal, el principio de responsabilidad personalísima, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa, y principio de imputación personal, que corresponde al ejercicio jurisdiccional de individualización de la pena.

3.3.1.4. Principio de Proporcionalidad

Consagrada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, dispone: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...)”, el Principio de Legalidad se presenta como un límite a la conminación típica. “Significa que la gravedad de la pena (...) debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente”. “El principio de proporcionalidad tiene como principal función, evitar sanciones desproporcionales o desmedidas, que afecten el derecho a la libertad personal en el ámbito del proceso penal” (Rosas J. & Oré A., 2016, p. 67). El profesor MIR PUIG, citando a BECCARIA, sobre el interés de la sociedad en el principio de proporcionalidad como instrumento de prevención, escribe:

“No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los impulsos que les inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre delitos y las penas” (Mir Puig S., 2003, p. 142).

La tarea que asume el legislador en establecer penas proporcionales con la gravedad del hecho y la culpabilidad del agente, supone, contribuir principalmente con los fines que persigue la prevención general, al proyectar penas eficaces para repeler el delito y que respondan a las expectativas sociales, como para evitar su comisión. El Tribunal Constitucional, también se pronunció al respecto, precisando:

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC-LIMA de fecha 03 de setiembre de 2010, F. 12.c), segundo párrafo.

“En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de la justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, es de plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”⁵⁸.

En ese entendido, corresponde al momento de la etapa legislativa, el Principio de Proporcionalidad Abstracta, ya que establece de manera indeterminada –*con un margen con un máximo y mínimo*– las sanciones penales o penas según su gravedad a las conductas que suponen la violación de derechos.

3.3.2. PRINCIPIOS LIMITANTES EN LA ETAPA JUDICIAL

Los principios limitantes al ejercicio del momento judicial de la determinación de la pena, representan los límites al arbitrio judicial.

3.3.2.1. Principio de Legalidad, Principio de Irretroactividad de la Ley Penal, Principio de Retroactividad Benigna, Principio de Taxatividad o Tipicidad y Proscripción de la Analogía

El Principio de Legalidad establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, y en el artículo 2º, numeral 24, inciso d) de la Constitución Política de 1993, sin duda alguna constituyen postulados que limitan al poder punitivo ejercido en el momento judicial de aplicación de la ley, no me refiero a la determinación legal de la pena, sino al proceso de individualización judicial de la pena exacta o puntual.

“Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional,

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 010-2002-AI/TC-LIMA de fecha 03 de enero del 2003, F. 197.

garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”⁵⁹ (Rosas J. & Oré A., 2016, p. 34).

En ese entendido, de manera específica *—como se había adelantado supra—*, nos limitaremos a analizar las Garantías Generales y Específicas del principio de legalidad, que limitan y que encaminan al juzgador en la tarea de llegar a la pena final.

El texto de los artículos antes referidos: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella” y “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, sirven, simultáneamente, como expresión del Principio de Irretroactividad de la Ley Penal. Este principio está decretado en el artículo 6° del Código Penal de la siguiente manera: “La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión de hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales (...)”; y, en el artículo 103°, segundo párrafo de la Constitución Política: “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)”. Del principio precedente se deriva el Principio de Retroactividad Benigna, consagrado en el artículo 7° del Código Penal, sólo en caso de que la nueva ley perjudique al inculcado: “Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho”.

Con respecto a la Garantía General Judicial o Jurisdiccional, establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Penal en el que prescribe que: “Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo

⁵⁹ STC Exp. N° 2758-2004-HC/TC.

sino en la forma establecida en la ley”, explica que, nadie puede ser sancionado ni castigado sino sólo a través de un juicio formal, en el cual se respeten las garantías constituidas por la ley penal y por el órgano jurisdiccional competente.

En la Garantía Específica de la Ley Estricta (*“lege stricta”*), en el que se deriva el Principio de Taxatividad o Tipicidad analizada en el momento de la etapa legislativa, es también límite para el juzgador ante el proceso de análisis de la adecuación típica del supuesto de hecho enunciado, a lo que se le llama “Juicio de Tipicidad”, en el que “el Juzgador debe cerciorarse que el hecho denunciado es típico y lo será cuando la conducta que lo conforma aparezca descrita en una norma penal, por lo que resulta indispensable demostrar la adecuación típica de la conducta”⁶⁰ (Rojas F., 2012, p. 393). Asimismo, la Ley Estricta impone al legislador la necesaria precisión en la ley penal de la conducta ilícita, que al mismo tiempo excluye la analogía.

“La prohibición de la analogía se dirige al juez, por lo que constituye un límite relativo al momento judicial de aplicación de la ley. Su estudio, que requiere cierta prolijidad, se traslada al apartado destinado a la interpretación de la ley penal” (Mir Puig S., 2003, p. 128).

En ese sentido, la Ley Estricta también se materializa a través del Principio de Proscripción de la Analogía, reconocida en nuestra codificación en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que a la letra establece: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”; y, en el artículo 139°, numeral 9) de la Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”. Sin duda, la analogía no puede ser aplicada en contrario de los intereses del inculcado (*“analogía in malam partem”*) extendiendo los efectos de la punibilidad; no obstante, la analogía a favor del reo (*“in bonam partem”*) sería aceptada bajo un criterio de interpretación de la ley penal a causa de un vacío o laguna legal. Este principio será ampliamente estudiado y analizado en el Capítulo IV de la presente investigación; de momento, en el

⁶⁰ Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 28 de abril de 1997, Exp. N° 8554-97.

proceso de individualización judicial de la pena que realiza el juez, tiene como un límite más en representación del ejercicio del poder punitivo estatal, a la inaplicabilidad de la analogía.

3.3.2.2. Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos o Principio de Lesividad

Establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, en el que estipula: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”, el Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos o Principio de Lesividad que limita al legislador, también limita el ejercicio discrecional judicial. En ese contexto, en el ejercicio de la valoración de la prueba para la individualización judicial de la pena, se encuentra prohibido que eleve la pena por la lesión de bienes no protegidos en el sistema jurídico – *verbigracia, por la lesión a valores morales o políticos no protegidos por la ley*–. Sobre este principio limitante en el aspecto de la función jurisdiccional, nos explica el profesor MIR PUIG:

“No es lícito elevar la pena en base a que el hecho vulnere objetos distintos a los bienes jurídicos (p. ej.: por su contenido especialmente inmoral). Téngale en cuenta que (...) el concepto de bien jurídico no se agota en la designación de un objeto aprehensible por los sentidos, sino que abarca a todos los procesos sociales cuya protección es necesaria para la subsistencia o funcionamiento de los sistemas sociales. Por ello, no sólo el desvalor del resultado, sino también el desvalor de la acción podrá relacionarse con el ataque a bienes jurídicos y servir, por tanto, como criterio de agravación judicial de la pena” (Mir Puig S., 2003, p. 144).

3.3.2.3. Principio de Culpabilidad o de Responsabilidad Penal

Establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”, en el Principio de Culpabilidad o Responsabilidad Penal “aparte de que la ley prevea causas de exclusión y de modificación de la culpabilidad, el criterio judicial debe sujetarse también a una medición de la pena basada en la concreta culpabilidad concurrente en el autor” (Mir Puig S., 2003, p.

144). La correcta valoración del principio de culpabilidad está condicionada a dos supuestos:

“El principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*); y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (*determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad*)” (Jescheck H., 2002, pp. 24-25).

Es en la etapa jurisdiccional o judicial donde se evalúa con mayor énfasis el principio de culpabilidad, pues la ley, no precisa el modo de valorar correctamente los criterios que incluyen la culpabilidad como fundamento para la graduación y duración de la pena.

“Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la irreprochabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno de principio *ne bis in ídem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio”⁶¹ (Rosas J. & Oré A., 2016, p. 44).

Propio del proceso discrecional para llegar la individualización judicial de la pena puntual o exacta, el operador judicial evalúa según los límites derivados del principio de culpabilidad, estos son y tratan: el Principio de Responsabilidad Personalísima, en el que cada sujeto responde penalmente por las conductas y correlativos resultados lesivos que son ejecutados por aquel, no pudiendo ser penalmente reprimido por conductas que le son ajenas en tanto dependen de otro sujeto; el Principio de Responsabilidad por el Hecho, que exige que para ser sancionado penalmente es indispensable que el sujeto produzca una modificación en el mundo exterior producto de su conducta, dicho en otros términos, la persona no puede ser penalmente reprimida simplemente por sus pensamientos,

⁶¹ STC Exp. N° 0014-2006-PI, f. j. 27.

personalidad o carácter que no trasciendan de su fuero interno; el Principio de Dolo o Culpa, en virtud de este principio, el hecho producido en el mundo exterior debe necesariamente poder ser atribuido a un obrar doloso o culposo por parte del sujeto, actuando con dolo quien sabe y quiere realizar la conducta típica, y procede con culpa el que actúa descuidadamente, esto es, de manera imprudencia o negligente; en suma, el hecho objetivo lesivo debe ser consecuencia del obrar doloso o culposo del sujeto, debiendo así confirmarse tal vínculo subjetivo; y, el Principio de Imputación Personal, en el que el sujeto debe reunir las condiciones psíquicas necesarias para comprender el carácter delictivo de su conducta y determinar su voluntad libremente según dicha comprensión.

3.3.2.4. Principio de Proporcionalidad

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, dispone: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (...)”. Este principio representa para el momento judicial en la determinación de la pena vital importancia, pues con su debida aplicación se llegará a una pena justa.

“Baste añadir que en el momento judicial adquiere especial importancia la solución justa de los casos juzgados, lo que implica que cada sujeto sea castigado en proporción al daño causado o la peligrosidad del ataque representados por un delito. Éste es el camino de realización del postulado democrático de igualdad ante la ley” (Mir Puig S., 2003, p. 147).

Por otro lado, el Principio de Proporcionalidad Concreta,

“(…) impide a los criterios programáticos que deben guiar al juez en la discrecionalidad que le es atribuida, en la aplicación de la pena y en la concesión de atenuantes y de beneficios, una dirección opuesta a aquella que, en la práctica actual, asumen las decisiones judiciales cuando están orientadas por valoraciones como las de pronóstico de criminalidad, las cuales como es sabido, aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a estratos sociales más bajos” (Mir Puig S., 1998, p. 101).

Este criterio le exige al juez, que además de llegar a la proporcionalidad según la gravedad de la conducta, deba encaminarse según la importancia social del hecho.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, ha reconocido dos prohibiciones respecto al principio de proporcionalidad de las penas, en buena cuenta, dirigida – *en mi opinión exclusivamente*– al juez en la operativa de la individualización judicial de la pena: la prohibición de exceso, en el que la pena se encuentra impedido de sobrepasar el hecho; y, la prohibición por defecto, en el que la pena impuesta no puede ser inferior o disminuida en parangón con la responsabilidad del hecho.

3.3.2.5. Principio de Igualdad ante la Ley Penal

Taxativamente reconocido por el artículo 10° del Código Penal, establece que “La Ley Penal se aplica con igualdad. (...)”; y, de manera extensiva en materia penal, debe tener presente lo dispuesto por el artículo 2°, inciso 2) de nuestra Carta Magna: “Toda persona tiene derecho: (...) 2) A la igualdad ante la ley (...)”. “Además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos”⁶².

Desde una perspectiva constitucional, existen dos facetas en el principio de igualdad: la igualdad ante la ley e igualdad en la ley.

“La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en los casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (...)”⁶³.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02835-2010-PA/TC-LIMA de fecha 13 de diciembre del 2011, Fundamento N° 40.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02835-2010-PA/TC-LIMA de fecha 13 de diciembre del 2011, Fundamento N° 39.

En el proceso de individualización judicial de la pena, el juez o colegiado o tribunal debe aplicar la ley de modo que no exista una diferenciación que menoscabe la dignidad de los procesados. Evidentemente, en el derecho penal, precisamente en la valoración de la prueba para determinar la pena, ésta en pocos casos será igual a la de varios procesados por hechos similares; sin embargo, la motivación no puede fundarse en arbitrariedades que incurran en desigualdad no justificada.

El Tribunal Constitucional ha establecido dos categorías jurídico constitucionales para entender cuando nos encontramos ante la vulneración del principio de igualdad ante la ley. El Fundamento N° 4 de la STC recaída en el Exp. N° 03461-2010-PA/TC-CALLAO de fecha 15 de junio de 2011, estableciendo que:

“Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando sea desigual de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”⁶⁴.

3.3.2.6. Principio de Humanidad de las Penas y Principio de la Función Preventiva

El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal prescribe que: “La pena tiene la función preventiva, protectora y resocializadora. (...)”; en ese sentido, el juez tiene la obligación de imponer penas que “no tienen por qué ser inhumanas, deben tender a resocializar al sujeto y prevenir el delito” (Bramont-Arias L., 2008, p. 90), se debe tomar en consideración que para lograr los fines de la pena, existen y puede imponerse medidas alternativas a la privación de la libertad, tanto o más eficaces; sin embargo, si la pena es una privativa de libertad, ésta tiene el objetivo

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02835-2010-PA/TC-LIMA de fecha 13 de diciembre del 2011, Fundamento N° 41.

que el sujeto infractor “(...) sea rehabilitado o resocializado para que, de esta forma, pueda incorporarse a la sociedad” (Bramont-Arias L., 2008, p. 93). Este principio propició la derogatoria de la pena de muerte y las penas infames.

El Estado está impedido de diseñar penas que suponga un vejamen a la dignidad de la persona, PRADO SALDARRIAGA cita el texto de CASTILLO ALVA cuando se refiere a la humanidad de las penas:

“El principal cometido del principio de humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y la aplicación de las penas, según criterios razonables. No sólo se busca, con ello, reducir el *quantum* o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre. En base del principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen la vida del sujeto” (Prado V., 2010, p. 126).

La Función Preventiva de la pena, consolida la vigencia del orden público, pues supone la preservación de los bienes jurídicos reconocidos y que son de utilidad social; en tal sentido, “Villavicencio F. (2006), indica que exige que la pena, en su rol funcional de mecanismo de mantenimiento de la confianza social y de la defensa de los bienes jurídicos, no puede ni debe ser usada por el Estado de modo prepotente o arbitrario” (Prado V., 2010, p. 122). El fin con la imposición de la sanción penal, no es, atemorizar a la sociedad ni como medio de retribución.

3.3.3. PRINCIPIOS LIMITANTES EN LA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Los límites al poder punitivo estatal en el momento de la etapa de ejecución penal, va dirigido primordialmente a aquellas organizaciones, instituciones, sociedades y personas a cargo del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la legislación penitenciaria y, sobre todo, del tratamiento penitenciario del condenado.

3.3.3.1. Principio de Legalidad y Principio de Garantía de Ejecución

El Principio de Legalidad, establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, y en el artículo 2º, numeral 24, inciso d) de la Constitución Política de 1993, tiene una Garantía General reservada para el momento relativo a la

ejecución de la pena. Se trata de la Garantía General de Ejecución o conocido también como Principio de Garantía de Ejecución, prescrita en el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal, que precisa: “No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”.

El Profesor “Mir Puig S. (1996), argumenta que la garantía de ejecución requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule” (Hendler E., 2001, p. 152). Es en este escenario, que el Instituto Penitenciario se encuentra obligado al cumplimiento de la forma y extensión de la pena del modo en que la ley establece –*Código de Ejecución Penal – Decreto Legislativo N° 654 y demás leyes penitencias*–.

“Concretamente, la garantía de ejecución exigen que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir; las condiciones de cumplimiento (tipo de establecimiento carcelario, régimen penitenciario, derechos y obligaciones de los presos, etcétera)” (Hendler E., 2001, p. 152).

Las penas solo pueden cumplirse con estricto arreglo a ley; esto es, que la condena sea cumplida conforme esté establecido en la sentencia, sin obligar al condenado a cumplir una condena extra.

3.3.3.2. Principio de Igualdad

De lo dispuesto por el artículo 10° del Código Penal y por el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución Política, también debe entenderse que:

“En el plano de la ejecución penal, comporta también un tratamiento igualitario para todos los sometidos a sanción penal acorde con las características del comportamiento punible cometido y las particularidades del ser humano condenado, de tal manera que cada uno se le trate según sus propias circunstancias” (Velásquez F., 2009, p. 70).

3.3.3.3. Principio de Humanidad

En relación con el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal en el que se dispone que: “La pena tiene la función preventiva, protectora y resocializadora. (...)”, resulta ser el fundamento de la política criminal. “El principio de humanidad se ha convertido, sobre todo, en el principio director del Derecho penitenciario” (Jescheck H., 2002, p. 30).

“De acuerdo con él [principio de humanidad], la imposición y ejecución de las penas debe tener en cuenta la personalidad del acusado y, en su caso, del condenado, teniendo que hacer frente a la sanción de forma humana y responsable para procurar devolverle a su vida en sociedad” (Jescheck H., 2002, p. 29).

El Estado como responsable de lograr los fines de la pena, tiene la obligación del mantenimiento y mejora de la atención e infraestructura carcelaria, de lo contrario, los derechos de dignidad del penado se verían mellados, favoreciendo a su desocialización. Apunta el profesor PRADO SALDARRIAGA que, en la etapa administrativa de la vida de la pena, “(...) este principio demanda que los centros de reclusión y detención así como el procesamiento penal no constituyan riesgos de deterioro o de lesión para el interno o detenido” (Prado V., 2010, p. 126).

3.4. ETAPAS OPERATIVAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La Ley N° 30076⁶⁵, propició una verdadera reforma e innovación en la regulación concerniente a la determinación judicial de la pena que hasta el 19 de agosto de 2013 –*día en que la Ley fue promulgada*– contenía el Decreto Legislativo N° 635. Expedida con motivo de combatir la inseguridad ciudadana, como denota su título, incorporó el artículo 45°-A en el Capítulo II –*dedicado a la aplicación de la pena*– del Título III del Libro Primero del Código Penal, dotando de una nueva estructura y un procedimiento esquemático a seguir en el proceso de determinación judicial de la pena. El texto completo del artículo, fue redactado de la siguiente manera:

“Artículo 45°-A: Individualización de la pena

⁶⁵ Ley N° 30076 – Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto de 2013 en el Diario Oficial “El Peruano”.

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

- 1.1.** Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
- 1.2.** Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas.
 - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
 - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
- 1.3.** Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera.
 - a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
 - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
 - c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

Operativamente, el juez transita por un procedimiento legal esquemático a la que la doctrina denomina “Etapas Operativas de la Determinación Judicial de la Pena”. Estas etapas consecutivas se encuentran taxativamente descritas y establecidas en los numerales 1. y 2. del precitado artículo: Determinación del marco abstracto de la pena –*inciso 1.*–, Determinación del marco concreto de la pena –*inciso 2.*–; e, Individualización judicial de la pena exacta o puntual. Las dos primeras, guiadas por la legalidad, permiten conducir al juez con cierto automatismo antes de adentrarse a la tercera etapa, que en puridad, es discrecional y valorativa. Empero,

“[e]s necesario advertir de modo previo que la determinación de la pena se debe efectuar de forma individual e independiente para cada una de las personas que han intervenido en el hecho materia de condena; pues si bien, desde una perspectiva jurídica no siempre la valoración habrá de ser la misma; y si bien en algunas ocasiones pueden dos o más personas responder por el mismo tipo penas, por ejemplo, en coautoría; existen circunstancias personales que no resultan comunes entre todos los intervinientes del delito (García P., s. f.)” (Ávalos C., 2015, p. 128).

Por otro lado, es necesario precisar que en el presente apartado, no extenderemos los alcances del numeral 3. del artículo 45°-A del Código Penal –*únicamente sobre las atenuantes privilegiadas*–, el mismo que establece reglas para la determinación de la pena cuando concurren en el hecho delictivo circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias agravantes calificadas, pues, el proceso de determinación judicial de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas serán analizadas íntegramente en el Capítulo IV de la presente investigación. De momento, corresponde presentar las etapas –*que he considerado pertinentes*– operativas contenidas en los numerales 1. y 2., dispositivos usados para determinar judicialmente la pena cuando concurren circunstancias genéricas. Posteriormente, limitaremos a establecer sucintamente el procedimiento de la determinación judicial de la pena con circunstancias específicas y con las circunstancias agravantes calificadas.

3.4.1. DETERMINACIÓN DEL MARCO ABSTRACTO DE LA PENA

Desde antes de la reforma introducida por la Ley N° 30076, el sistema de determinación de la pena que adoptó el Perú, era relativa –*ver supra*–. El legislador establecía un margen legal, limitado por un mínimo o margen inferior y un máximo o

margen superior, que era el único límite otorgado al juez para individualizar la pena según la valoración de la relación de circunstancias generales constitutivas del delito y que modificaban la responsabilidad del autor –*artículo 46° del Decreto Legislativo N° 635*–. No obstante, esta primera etapa operativa fundada en la legalidad se mantuvo imperecedero con lo dispuesto por el inciso 1. del artículo 45°-A de la Ley N° 30076, que prescribe: “(...) 1. Identificar el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes”, y que adquirió el nombre de “Determinación del Marco Abstracto de la Pena”.

El Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 de fecha 18 de julio del 2008, expedida con motivo del IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, explicó en su Fundamento N° 7, el procedimiento de la determinación del marco abstracto de la pena:

“[El juez deberá] verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal”.

Más adelante, la Corte Suprema expidió una Circular relativa a la correcta determinación judicial de la pena en la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ de fecha 01 de setiembre de 2011, con lo que complementó el procedimiento para la determinación de la pena abstracta, con el texto siguiente:

“[El juez deberá] verificar el mínimo y el máximo de la pena legal, tipo, abstracta o conminada aplicable al delito. Sin embargo, cuando dicho mínimo o máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, deberá recurrirse al artículo 29° del Código Penal, que contempla los límites mínimo y máximo genérico de la pena prevista de libertad temporal: 2 días y 35 años, respectivamente”.

En ese entendido, el proceso de determinación judicial de la pena, tiene como primer paso, el ejercicio del juez consistente en la identificación, a través de la calificación de hecho punible, de la pena abstracta o pena conminada o pena legal del tipo penal, que no es otra cosa, que las consecuencias jurídicas que puedan aplicarse

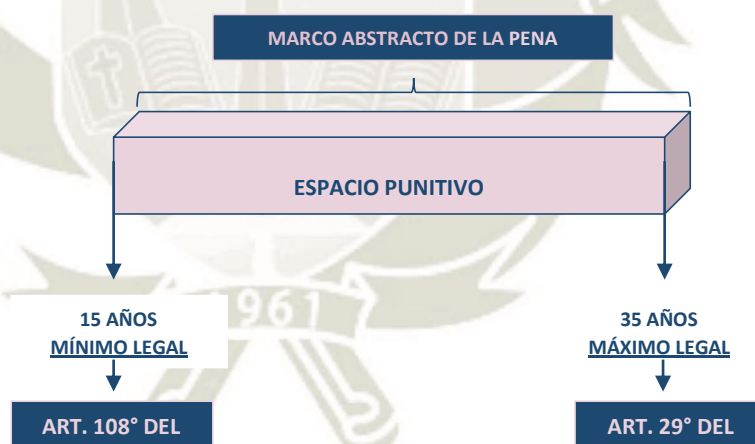
al caso en concreto “que legislativamente ha sido determinado en función a la gravedad del hecho punible y/o criterios de prevención general” (Mendoza F., 2015, p. 107). Nótese que, en este primer paso para la determinación judicial de la pena, no se valora las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; simplemente, se realiza un ejercicio automatizado incoado por la regla contenida en el Código.

Ahora bien, la correcta tipificación realizada por el juez, definirá la pena abstracta aplicable al caso particular, la misma que deberá contar con dos extremos: un límite inferior –*mínimo legal*– y un límite superior –*máximo legal*–. Para identificar la pena abstracta, es muy común simplemente remitirnos a la conminación de la pena básica, ésta última es aquella que contiene taxativamente establecido un margen inferior y/o un margen superior en la consecuencia jurídica del tipo penal. Un ejemplo nos graficará cuando en la pena básica está expresamente establecido ambos márgenes de la pena y que resulta ser igual a la pena abstracta: el artículo 188° del Código Penal dedicado a la figura delictiva de Robo Simple precisa que: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encontraba, empleando violencia contra la persona o amenazándola de un peligro inminente para su vida o su integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres no mayor de ocho años”; en este supuesto, la conminación de la pena básica es igual a la pena abstracta. Sin embargo, existen tipos penales que no proponen un marco abstracto; sino, una pena básica incompleta, esto es, una pena básica en la que sólo especifica uno de sus márgenes mínimo legal o máximo legal; y, de completarse ese límite o margen inferior o superior, recién se completará los márgenes de la pena abstracta. El profesor PRADO SALDARRIAGA, nos arguye lo que el juez debe realizar de encontrarse frente a estos casos:

“En aquellos delitos donde por defecto de técnica legislativa sólo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, sea el mínimo o el máximo, el juez debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada pena y que aparecen regulados en la Parte General del Código Penal, al configurarse el catálogo o precisarse las características específicas de cada pena” (Prado V., 2010, p. 137).

Para determinar los límites legales de la pena abstracta, como consecuencia de una básica incompleta, es necesario remitirnos a los límites genéricos contenidos en el artículo 29° del Código Penal, esto es, que “La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años”. Estos límites legales –*como mínimo dos días y como máximo treinta y cinco años*– temporales para la pena privativa de libertad, permiten completar la conminación de una pena básica que no contemple su límite temporal mínimo o máximo. Situación que sucede con el artículo 108° del Código Penal dedicado al Homicidio Calificado, el mismo que prescribe: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: (...)”; y, del que no se aprecia un límite legal máximo. En tal supuesto, recurriendo a los marcos legales establecidos en el artículo 29° del Código Penal, la pena abstracta para el delito de Homicidio Calificado, será de no menor de quince años ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

Gráfico 1: Marco abstracto de la pena del delito de Homicidio Calificado

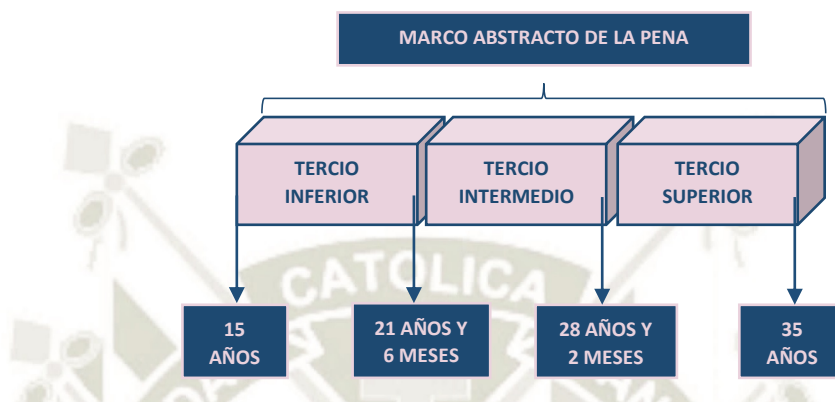


Fuente: Elaboración propia.

La Ley N° 30076, incluyó en esta etapa operativa, que el juez, una vez identificado completamente el marco abstracto de la pena, proceda a su división en tercios del espacio punitivo para obtener tres espacios punitivos que se denominarán: tercio inferior o primer tercio, tercio intermedio o segundo tercio y tercio superior o tercer tercio. Del ejemplo indicado *supra* sobre el delito de Homicidio Calificado, en el que su mínimo legal es quince años y su máximo legal es treinta y cinco años; su tercio inferior o primer tercio será de quince años a veintiún años y seis meses; su tercio

intermedio o segundo tercio será de veintiún años y seis meses a veintiocho años y dos meses; y, su tercio superior o tercer tercio será de veintiocho años y dos meses a treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

Gráfica 2: División en tercios del marco abstracto del delito de Homicidio Calificado



Fuente: Elaboración propia.

3.4.2. DETERMINACIÓN DEL MARCO CONCRETO DE LA PENA

A diferencia del Decreto Legislativo N° 635 que establecía dos etapas operativas en la determinación judicial de la pena, esto es, una etapa legal y una judicial; con el inciso 2. del artículo 45°-A de la Ley N° 30076, se introdujo una etapa operativa más vinculada a la legalidad al sistema de determinación relativa o ecléctica en el ordenamiento jurídico peruano, se trata de la etapa de “Determinación del Marco Concreto de la Pena”.

Constituye pues, la segunda etapa operacional en la determinación judicial de la pena, y se caracteriza por el desplazamiento en el espacio punitivo que realiza el juez a razón de la exploración de los tercios o marcos punitivos concretos y la ponderación de las circunstancias comunes o genéricas previstas en el artículo 46° de la Parte General del Código Penal. El inciso 1. destaca un listado de ocho atenuantes comunes o genéricas, y el inciso 2. los catorce agravantes comunes o genéricas, que se citan a continuación:

“**Artículo 46°:** Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) La carencia de antecedentes penales;
 - b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
 - c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
 - d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
 - e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
 - f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
 - g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
 - h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.
2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:
- a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
 - b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
 - c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;
 - d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor

genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.⁶⁶

- e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
- f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;
- g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito;
- h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;
- i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;
- j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;
- k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;
- l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;
- m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.
- n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona

⁶⁶ Literal d) modificado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 06 de enero de 2017.

perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial”.

Para el profesor PRADO SALDARRIAGA, las “circunstancias”

“(…) adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo o cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Su función principal, por tanto, no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* o extensión de la pena concreta aplicable al hecho cometido” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 51).

Una vez identificados los tres marcos concretos o los tres tercios del espacio punitivo, estas circunstancias comunes o genéricas de atenuación o agravación –*una vez probadas por el fiscal*–, serán consideradas por el juez para identificar el marco concreto o tercio en el que finalmente se procederá a individualizar la pena exacta o puntual. Para reconocer el marco concreto, el operador judicial atiende las reglas dispuestas en los acápites a), b) y c) del inciso 2. del artículo 45°-A del Código Penal.

Un ejemplo nos permitirá comprender con precisión, la aplicación de cada una de estas reglas. El delito de Homicidio Simple prescrito en el artículo 106° del Código Penal tiene como marco abstracto una pena no menor de seis años ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad. Una vez identificado el marco abstracto de la pena, se procede a la división en tercios para establecer los tres marcos concretos, en el presente caso, el tercio inferior será de seis a diez años y ocho meses, será dentro de este tercio en el que se ubicará la pena concreta de cumplirse la regla del acápite a) del inciso 2. del artículo 45°; el tercio intermedio será de diez años y ocho meses a quince años y cuatro meses, será dentro de este tercio en el que se ubicará la pena concreta de cumplirse la regla del acápite b) del inciso 2. del artículo 45°; y finalmente, el tercio superior será de quince años y cuatro meses a veinte años de pena privativa de la

libertad, será dentro de este tercio en el que se ubicara la pena concreta de cumplirse la regla del acápite c) del inciso 2. del artículo 45°.

Es preciso destacar que la consecuencia de haber valorado las circunstancias comunes o generales establecidas en el artículo 46° de nuestro Código Penal para identificar el tercio o marco legal, es la prohibición de una doble valoración de éstas circunstancias para individualizar judicialmente la pena exacta dentro del tercio o marco concreto. Empero, esta posición aún es objeto de debate y problemática en la judicatura.

Gráfica 3: Determinación del marco concreto de la pena del delito de Homicidio Simple



Fuente: Elaboración propia.

3.4.3. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS

El procedimiento de determinación judicial de la pena cuando concurren circunstancias específicas, tiene una estructura autónoma y particular.

Las circunstancias específicas atenuantes o agravantes son aquellas “(...) que solo se regulan en la Parte Especial y a través de catálogos o párrafos adicionales que van conexos a determinados delitos” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 54); empero, también pueden encontrarse en leyes que crean delitos sin estar éstas incorporadas taxativamente en el Código Penal, es decir “tienen también la calidad de circunstancias específicas las que acompañan a delitos tipificados en disposiciones legales reguladas fuera del Código Penal e integrantes del denominado derecho penal complementario o accesorio” (Prado V., Demetrio E.,

Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 54), “para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión o gravedad”⁶⁷.

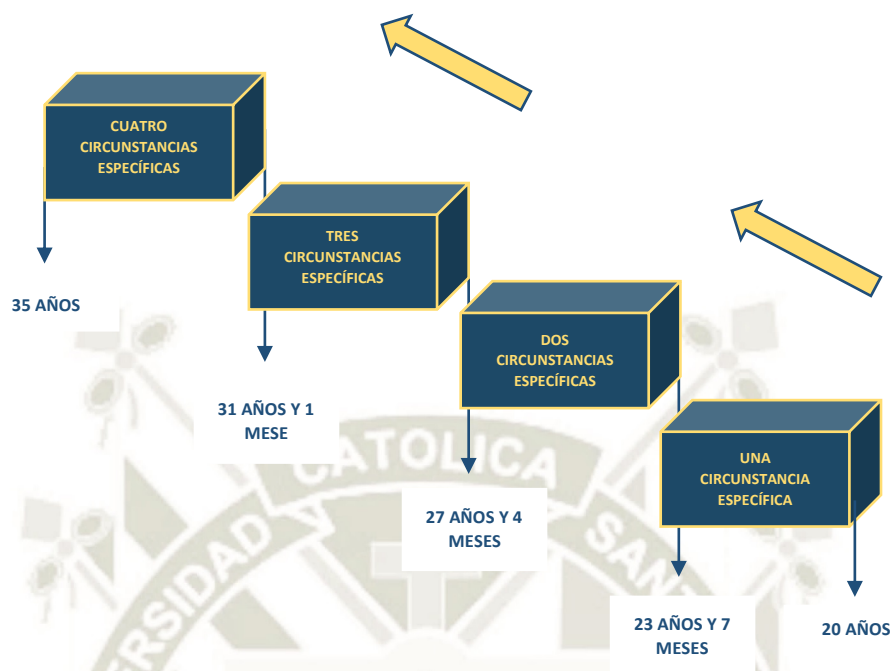
Operativamente, el juez ante la constatación de la presencia de circunstancias específicas en el caso concreto, el primer paso que realizará es identificar los límites de la penalidad conminada establecida por el legislador expresamente en el catálogo de los hasta tres grados o niveles de circunstancias que el Código sustantivo regula, estos límites constituyen el marco punitivo o pena básica. Este marco punitivo, posteriormente será dividido según el número de circunstancias específicas del mismo nivel que concurran, representando cada una de ellas un porcentaje cuantitativo del marco punitivo. Ante la presencia únicamente de circunstancias específicas agravantes, se iniciará desde el margen mínimo, en formar ascendente conforme la presencia de determinado número de circunstancias; *contrario sensu*, ante la presencia de únicamente circunstancias específicas atenuantes, se partirá del extremo máximo en forma descendente según el número de circunstancias. Verbigracia, será aquel que en un delito de Robo Agravado⁶⁸, concurran dos de las cuatro circunstancias específicas establecidas en su segundo grado o nivel, para lo cual el espacio conminado de quince años, será fraccionado en tres y según las dos circunstancias concurrentes, la pena puntual se establecerá en el espacio punitivo o marco concreto de veintitrés años y siete meses a veinte siete años y cuatro meses.

En el proceso de determinación judicial de la pena con circunstancias específicas, también pueden existir casos en los que concurran agravantes específicas de diferente grado o nivel, en este supuesto, la circunstancia de mayor grado absorberá la eficacia agravante de la circunstancia de menor grado. Este *—en su momento—* problemática, fue resuelta según el procedimiento explicado en el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2010.

⁶⁷ Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2010, expedida en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema del Perú con Asunto: Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena, Fundamento N° 2.

⁶⁸ Código Penal de 1991, “Artículo 189º: (...) La pena no será menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido: 1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima. 2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima. 3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica. 4. Sobre bienes de valor científico o que integren en patrimonio cultural de la Nación. (...)”.

Gráfica 4: Determinación judicial de la pena con circunstancias específicas en el delito de Robo Agravado



Fuente: Elaboración propia.

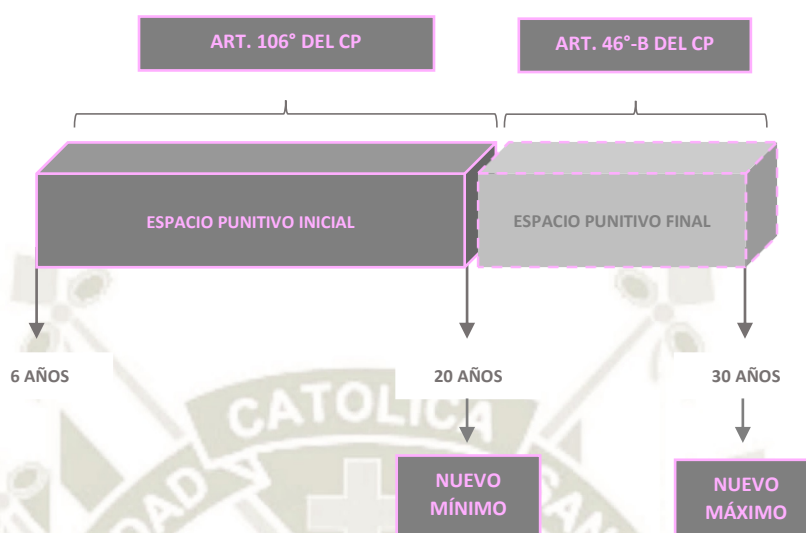
3.4.4. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CUALIFICADAS

Con la incorporación del artículo 45°-A mediante la Ley N° 30076, se diseñó un procedimiento de determinación judicial de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas y circunstancias agravantes cualificadas. En este apartado únicamente desarrollaremos esta última. Empero, podemos adelantar que en esta clase de circunstancias “(...) su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando un nuevo marco de conminación penal” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 55); por lo tanto, como su nombre lo indica, las circunstancias agravantes cualificadas “producen una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 55).

El artículo 45°-A, inciso 3. acápite b) establece que: “(...) 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior (...)”. Es decir, el primer paso en el procedimiento es identificar el margen superior de la pena básica establecida para el delito cometido. Este límite superior de la pena básica será el nuevo mínimo legal a partir del cual se constituirá el nuevo máximo legal que el tipo taxativamente autoriza para cada circunstancia agravante cualificada, pues el estándar de aumento de punibilidad de cada una de ellas circunstancias, varía. (Ej. 46°-A por Condición de sujeto activo en una mitad y un tercio; 46°-B por Reincidencia en una mitad y dos tercios; 46°-C por Habitualidad en un tercio y un medio; etc.). Y será a partir de ese nuevo marco de penalidad conminada, que el juez podrá realizar el procedimiento de determinación de pena concreta e individualización judicial de la pena exacta o puntual diseñado —y ya abordado *supra*— en el artículo 45°-A, incisos 1. y 2.; y usando el catálogo de circunstancias comunes o genéricas contemplados en el artículo 46° del CP, correspondientemente.

Así por ejemplo, en un delito de Homicidio Simple, según lo previsto por el artículo 106° del CP, en el que su margen máximo era la de veinte años de pena privativa de libertad; y, en el que concorra la agravante cualificada de Reincidencia que establece en su segundo párrafo que: “(...) el juez aumentará la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”; entonces, desde el nuevo mínimo de veinte años, se configurará el nuevo máximo aumentando el espacio punitivo en una mitad, teniendo como resultado un límite máximo de treinta años de pena privativa de libertad. Espacio punitivo final que se realizará el procedimiento de determinación del marco concreto de la pena y la individualización judicial de la pena exacta o puntual, en aplicación son los artículos 45°-A, incisos 1. y 2., y el artículo 46° del CP.

Gráfica 5: Determinación judicial de la pena con circunstancia agravante cualificada de Reincidencia en el delito de Homicidio Simple



Fuente: Elaboración propia.

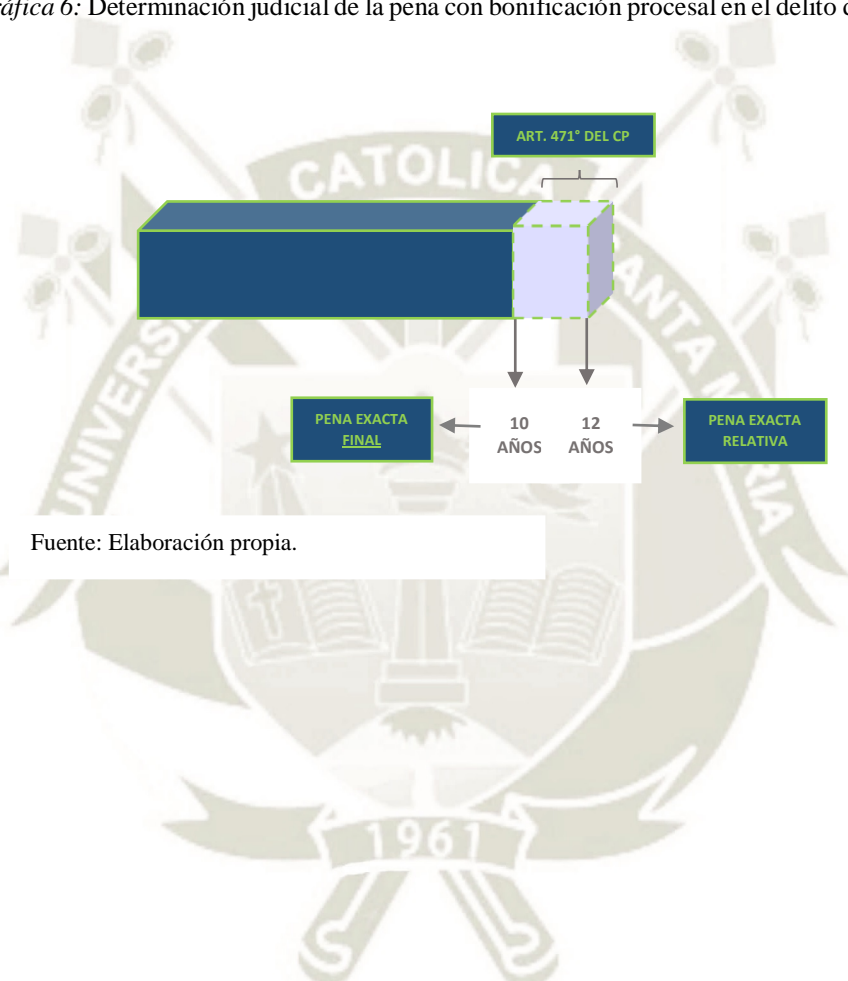
3.4.5. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON BONIFICACIÓN PROCESAL

Este procedimiento es ejecutado una vez agotado los procedimientos de determinación judicial de la pena antes abordados. Para el profesor PRADO SALDARRIAGA, estos procedimientos con bonificación procesal “requieren ejecutar una simple operación aritmética consistente en aplicar sobre la pena concreta parcial, o resultado punitivo obtenido del proceso previo de determinación judicial de la pena, el porcentaje de reducción cuantitativa que fija la ley” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 68).

La manifestación de conformidad dentro del acogimiento de un procedimiento especial que involucre un descuento de penalidad por bonificación procesal, debe darse en la oportunidad procesal que especifica el Código Penal o la legislación complementaria que regule estos procesos especiales –Ej. *Ley N° 28122 que regula la Conclusión anticipada del Juicio*–. Una vez llegado al consenso, y que el juez, mediante el proceso de individualización de la pena obtenga una pena exacta o puntual parcial, realizará el descuento equivalente a la bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada del proceso, conclusión anticipada del juicio). Por ejemplo, si el resultado parcial para un condenado por delito de Homicidio Simple

fuese de doce años de pena privativa de libertad, pero además el procesado se acogió al procedimiento especial de Terminación Anticipada del Proceso; conforme a lo previsto por el artículo 471° del Código Procesal Penal⁶⁹, la bonificación procesal de aquella reducción será equivalente a “una sexta parte” de dicha pena concreta parcial, y que cuantitativamente para el caso en concreto, será de dos años de pena privativa de libertad.

Gráfica 6: Determinación judicial de la pena con bonificación procesal en el delito de Homicidio Simple



Fuente: Elaboración propia.

⁶⁹ Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957. “Artículo 471°: El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. (...)”.

CAPÍTULO CUARTO

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS

“La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres, y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza. La misma atrocidad de la pena hace que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla, cuanto es mayor el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos para huir la pena de uno solo”.

(C. BECCARIA, *Tratado de los Delitos y las Penas*, Madrid, Edición española de 1774 de la 5ta Edición del “*Dei delitti e delle pene*” de 1766, p. 55).

4.1. CUESTIONES PRELIMINARES

El *nomen iuris* “circunstancias atenuantes privilegiadas”, fue usada taxativa y primigeniamente en el Código Penal en atención a la reforma innovada por la Ley N° 30076. Es precisamente, el artículo 45°-A inciso 3) que establece el procedimiento para la determinación judicial de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, y se desprende del texto de la ley que su efecto incidirá en la extensión de la pena conminada; es decir, la concurrencia de alguna de estas circunstancias alterará el margen o límite mínimo de la pena abstracta; empero, de la revisión de dicho artículo, éste no prevé la dimensión en que el margen se verá modificado; vale decir, no existe en nuestra legislación una norma idónea para la regulación de tal supuesto.

Haciendo honor al objeto del presente epígrafe, nos fijaremos inicialmente en abordar el origen de la nomenclatura “circunstancias atenuantes privilegiadas” dada a determinadas categorías penales en la jurisprudencia peruana, y su relación con los fundamentos hermenéuticos y criterios adoptados en el derecho penal comparado sobre

el proceso de determinación judicial de la pena cuando concurra en la configuración del delito el error de prohibición vencible, el error de comprensión culturalmente condicionado vencible, la tentativa, las eximentes imperfectas, la responsabilidad restringida por edad y la complicidad secundaria; ello en atención, a analizar los criterios o posturas que nos encaminen a dar posibles soluciones al omiso interés del legislador que generó una laguna legal en el establecimiento del *quantum* de pena o límite por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena cuando concurren atenuantes privilegiadas en la codificación vigente, y que deja a este ámbito operativo judicial condenado, aparentemente, a la arbitrariedad.

Merece igual atención, analizar el reposicionamiento de un sector de la doctrina peruana en considerar a estos tipos de factores como “causales de disminución de la penalidad”; pues, antes de la mencionada incorporación legal, no estaba en cuestión la naturaleza de “circunstancias atenuantes privilegiadas” —*a pesar de no estar consignadas expresamente en el texto de la codificación pero si aceptadas doctrinariamente*— asignadas al error de prohibición vencible (art. 14° del CP), error de comprensión culturalmente condicionado vencible (art. 15 del CP), tentativa (art. 16 del CP), eximentes imperfectas (art. 21), responsabilidad restringida por edad (art. 22 del CP) y complicidad secundaria (art. 25 del CP); situación que puede generar incertidumbre jurídica, debido a que asumir que un específico factor sea una circunstancia atenuante privilegiada o una casual de disminución de la punibilidad, incidirá directamente sobre los efectos operativos de la determinación de la pena.

Una vez agotado el debate sobre la cuestión del *nomen iuris*, no será posible soslayar el imperante problema sobre el *quantum* de la pena o límite por debajo del mínimo legal hasta donde procede la reducción de la pena ante la presencia de uno o varios de estos factores que influyen en la gravedad y medición del injusto, la culpabilidad y la punibilidad. Esta omisión legislativa penal, específicamente en el proceso de determinación del marco abstracto o del marco concreto de la pena, genera y obliga que el juez se sirva necesariamente de otros mecanismos legales que concilien con los principios protegidos por un estado social y democrático de Derecho, que deberán ser fundamentados en la sentencia que representa la cúspide de la actividad resolutoria. Ante la problemática, adelantaremos algunos de los fundamentos y propuestas que han venido destacando en la praxis judicial, como los acotados por MENDOZA AYMA:

“[Para] fijar efectos judiciales prudenciales con o sin nuevo marco; entre estas propuestas tenemos i) aquellas para quienes estas circunstancias privilegiadas operan –no para fijar un marco legal– directamente en la disminución judicial prudencial de la pena exacta; ii) otras plantean un disminución “en un tercio” por cada circunstancia privilegiada; en este último caso es claro que ese límite inferior no es legal sino jurisprudencial” (Mendoza F., 2015, p. 128).

Varias son pues, las soluciones jurisprudenciales que se pretende dar a esta laguna legal en el contexto del proceso para la determinación del marco abstracto y marco concreto de la pena cuando concurra alguna atenuante privilegiada; empero, la judicatura únicamente tiene una solución, y no es otra cosa que hacer uso de los mecanismos de integración jurídica; es decir, de los principios generales del derecho penal y/o la analogía para solucionar la omisión del legislador. Sin embargo, no es baladí cuestionarnos si el uso de estos métodos o mecanismos deben emplearse en orden de prelación, conjunta o incluso descartar una de ellas por ser *contra legem* conforme algunos argumentos de la doctrina.

A la luz del análisis de la jurisprudencia peruana, prioritariamente del estudio de los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, se cuestionarán las soluciones provisionales, los fundamentos abordados para la determinación del marco abstracto y marco concreto de la pena –*de ser el caso*– ante la concomitancia de una circunstancia atenuante privilegiada; y, la posible uniformidad que evidenciará si existe o no una vulneración al derecho a la seguridad jurídica de los justiciables. Este remedio, como se verá *infra* según las posturas, puede ser jurisprudencial y –*para algunos*– legal; empero, no deja de ser provisional.

Análisis diferente merecen los criterios que encaminen al juez en la individualización judicial de la pena en *stricto sensu*, que como actividad puramente discrecional, tendrá fundamento en la valoración de las circunstancias de modificación de la responsabilidad, es decir, las circunstancias comunes o genéricas, los fines de la pena y principios que guíen la operación judicial para llegar a la pena exacta o puntual. Contrariamente, puede darse, tal como adelanta el profesor MENDOZA AYMA según a su experiencia en la praxis judicial, éstas circunstancias privilegiadas operen, no para fijar un marco legal, sino que incidan directamente en la disminución judicial prudencial de la pena exacta; lo que, a mi entender, se estaría brindando los efectos operativos de las “causas de disminución de la

punibilidad”; sin embargo, un breve análisis nos haría suponer que de adoptarse tal tesis, las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas o comunes dejarían de valorarse.

4.2. DEL *NOMEN IURIS* Y DE LOS EFECTOS OPERATIVOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

El desarrollo dogmático y principalmente operativo de las “circunstancias atenuantes privilegiadas”, como es de conocimiento público en la praxis judicial, está encabezada por los aportes dados por el profesor VICTOR PRADO SALDARRIAGA. En el año 2010, el juez supremo nos señalaba que:

“Cuando concurre en el caso una circunstancia privilegiada lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. Un ejemplo de esta clase de circunstancia lo encontramos en el artículo 22 del Código Penal, el cual valorando la edad del agente al momento de comisión del delito, permite al juez imponer una pena concreta cuya expresión cuantitativa estará siempre por debajo del mínimo legal conminado para el hecho punible. Algo similar ocurrirá en el caso de la complicidad secundaria del artículo 25 *in fine* o de la tentativa conforme a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16°”. (Prado V., 2010, p. 142)

En el 2011, dos años antes de la reforma que fuera introducida por la Ley N° 30076, también sostuvo que:

“(…) las circunstancias privilegiadas, por el contrario, sustituyen en mínimo legal original por uno nuevo e inferior. Por ejemplo, el art. 22 faculta al juez a imponer una pena inferior al mínimo legal previsto, cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiuno” (Hurtado J. & Prado V., 2011, p. 328).

Más adelante, en el año 2015, la operatividad dada a tales circunstancias no cambiaría, explicó que “(…) en el caso de circunstancia atenuante privilegiada, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 55); empero, tuvo un reposicionamiento respecto a su existencia práctica en nuestra legislación indicando que “no existen, de momento, en la legislación vigente, circunstancias atenuantes privilegiadas” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 55), es decir, negó la existencia y por tanto los efectos de las circunstancias

atenuantes privilegiadas a la tentativa, complicidad secundaria, responsabilidad restringida por edad y eximentes imperfectas. Sin lugar a duda, este reposicionamiento generó una incertidumbre tanto conceptual –*que dicho sea de paso no fue explicado hermenéuticamente qué es una “circunstancia atenuante privilegiada”*– como operativa en la judicatura.

Es indiscutible, que se le debe al profesor y juez supremo PRADO SALDARRIAGA, la evolución del proceso de determinación judicial de la pena, gracias a sus destacados aportes mediante sus diversos textos investigativos e intervención en los Acuerdos Plenarios N° 1-2008/CJ-116 sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena; N° 5-2008/CJ-116 sobre los alcances de la conclusión anticipada y determinación de la pena; N° 04-2009/CJ-116 sobre concurso real y determinación de la pena; N° 2-2010/CJ-116 sobre la concurrencia de circunstancias específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena; y N° 1-2016/CJ-116 sobre la agravante de violencia y resistencia contra la autoridad policial, tipicidad y determinación judicial de la pena. Por ello, en atención a las definiciones dadas a determinados factores que influyen en la medición de la pena contenidas en nuestros Acuerdos Plenarios, se conceptualizarán a las “circunstancias”, “circunstancias atenuantes privilegiadas” y “causales de disminución de la punibilidad” en el derecho penal peruano, para posteriormente realizar una comparación con la nomenclatura y efectos jurídicos dado en el derecho comparado.

PRADO SALDARRIAGA, citando a F. Antolisei (1960), define que la “[c]ircunstancia del delito (*de circum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 51). Limitándonos a esta definición, entendemos al término accesorio como aquello que es accidental, circunstancial o que está fuera del delito, y por tanto, que no depende la presencia de una circunstancia para la existencia del mismo; sin embargo, ante la presencia de una circunstancia, ésta tendrá como principal y único objeto influir en la medición de la gravedad del hecho dentro de la pena conminada. Tal desempeño indiscutiblemente lo cumple en nuestra codificación, las circunstancias atenuantes genéricas o comunes contenidas en el catálogo de los artículos 45° y 46° del Código Penal peruano.

Del mismo modo, en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de fecha 28 de julio de 2008, se denominó “(...) circunstancias, a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad y culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* de pena aplicable al hecho punible cometido”. Definición que concilia con el término “circunstancias” en *lato sensu* explicado por Gonzáles J. (2011) y que fuera destacado por PRADO SALDARRIAGA:

“Ellas adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de una conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente)” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 51).

Según ésta definición se tratan pues, de instrumentos que coadyuvan a la graduación o medición del injusto y la culpabilidad.

Este progreso dogmático evidentemente ha sido influenciado por la legislación española. Uno de sus principales exponentes, el profesor SANTIAGO MIR PUIG ha definido que las “circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido que de ellos no depende el *ser* del delito, sino sólo su *gravedad*” (Mir Puig S., 2006, p. 608). Ha advertido además, que las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en su codificación en los artículos 21° al 23° del CP español y denominadas “elementos accidentales del delito”, que en nuestra legislación estarían comprendidas por las atenuantes y agravantes genéricas o comunes, no son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la disminución o elevación de la pena, sino también los “elementos típicos accidentales” (Mir Puig S., 2006, p. 608), lo que en nuestra codificación son las circunstancias específicas. Ello ha sido explicado de la siguiente manera:

“La expresión “elementos accidentales” con que calificamos a las circunstancias modificativas no significa sólo que su concurrencia no sea necesaria para la presencia de un delito. Algunos elementos esenciales del delito, como el dolo o el resultado, pueden también dejar de darse sin que deje de concurrir un delito (que podrá ser

imprudente o de mera actividad, respectivamente). Mas estos elementos son esenciales en los delitos en que los exige la ley, mientras que las circunstancias nunca son exigidas por la ley para que concurra un delito, sino sólo para que el delito vea modificada su gravedad” (Mir Puig S., 2002, p. 597).

Así pues, se entiende que el término circunstancias, para el profesor MIR PUIG engloba todos aquellos elementos que puedan afectar la gravedad del injusto y la culpabilidad para determinar la pena sin dar lugar a que el tipo penal cambie con o sin su concurrencia, definición que se apareja con la definición dado en el Perú al término “circunstancia”.

Cabe cuestionarnos si ésta definición alcanza a aquellos elementos concurrentes en el delito que confieren una eficacia degradatoria mayor en parangón a las circunstancias atenuantes genéricas o comunes. De acuerdo con ello, ¿hermenéuticamente, es correcto llamar “circunstancias atenuantes privilegiadas” al error de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, tentativa, eximentes imperfectas, responsabilidad restringida por edad y complicidad secundaria?

En principio, de una previa revisión de los Acuerdos Plenarios, Casaciones, Recursos de Nulidades, Resoluciones Administrativas emitidas por la Corte Suprema y textos jurídicos de renombrados académicos peruanos, no encontramos una definición de “circunstancia atenuante privilegiada”; sólo la doctrina y jurisprudencia se ha limitado a describir los efectos jurídicos de éstos factores. Entonces ¿de dónde proviene el *nomen iuris* “circunstancias atenuantes privilegiadas”?

Es al derecho penal español que se le debe el uso de la denominación: “circunstancias atenuantes privilegiadas”. El término “circunstancias” –*en el derecho penal español obviamente*– presupone que estos factores tengan la misma naturaleza y mismos efectos modificatorios que el resto de las circunstancias atenuantes genéricas o específicas, empero, en mayor extensión. MIR PUIG arguye que son aquellas que “(...) atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias” (Mir Puig S., 2002, p. 600); por su parte JOSÉ LLORCA ORTEGA añade que se les llama así a este tipo de circunstancias “tradicionalmente y como consecuencia de su superior eficacia degradadora respecto de las restantes atenuantes, han obtenido el carácter de privilegiadas (...)” (Llora J., 2004, p. 113); en el mismo sentido pero no tan convencido BESIO HERNÁNDEZ, acota que con respecto a estas circunstancias denominadas circunstancias de eficacia extraordinaria,

privilegiada o especial “en general, no existe absoluta precisión respecto de lo que se entiende por este tipo de circunstancias, aunque pareciera atenderse con esa denominación a aquellas que tienen efectos modificatorios superiores al resto de las circunstancias como la eximente imperfecta (...)” (Besio M., 2011, p. 535).

En la misma línea, es menester informar que en el derecho penal español, existen dos tipos de circunstancias atenuantes que ostentan la función de descender la pena por debajo del mínimo legal, la circunstancia atenuante privilegiada y la circunstancia atenuante muy cualificada, de las cuales el profesor LLORCA ORTEGA, destaca, a su vez, una similitud en sus efectos y una diferencia importante sobre su origen operativo y conceptualización:

“Los efectos atenuatorios de una y de otra son distintos, así como su carácter y construcción jurídicas, pese a que, en ocasiones, la eficiencia de ambas clases de atenuantes puede llegar a aparificarse. Así, las atenuantes privilegiadas (...) tienen un origen legal (es el propio Código el que prevé la degradación de la pena (...), por el contrario, la atenuante muy cualificada tiene origen judicial, es el propio juzgador quien, a través de la sentencia, convierte una atenuante “ordinaria” en “muy cualificada”, al comprobar que la circunstancia en cuestión ha producido influjo en el ámbito del sujeto superior al normal” (Llorca J., 2004, p. 114).

Asimismo, los efectos atenuatorios de las circunstancias atenuantes privilegiadas implicarán siempre la reducción de uno o dos grados por debajo del mínimo legal establecido para el delito, es decir, se realizará la reducción de una específica proporción a la pena conminada, así se tiene verbigracia para el caso de la concurrencia del error de prohibición y tentativa, en el que la pena será determinada dentro del marco abstracto o pena inferior en un grado o en dos grados *–según lo dispuesto por el artículo 70° del Código Penal español–* y para el caso de la complicidad secundaria la pena conminada resultará de la reducción de sólo un grado. Ello será desarrollado ampliamente en el apartado dedicado a la determinación de la pena con circunstancias atenuantes privilegiadas o las que hagan sus veces en el derecho penal comparado *–ver infra–*.

Como hemos venido anunciando en apartados precedentes, lo acotado en el anterior párrafo, explica la posible reposición doctrinal peruana sobre la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas, pues tanto la definición sobre circunstancias de ambas legislaciones se apareja; sin embargo, los efectos jurídicos sobre el procedimiento

de determinación de la pena, son disímiles. En nuestra legislación, acotadas circunstancias a diferencia de la española, no prevé taxativamente la proporción de la degradación que debe realizarse en caso de su concurrencia. Es decir, no está establecido en el artículo 45°-A inciso 3), ni cuando nos remitimos al texto de los artículos que regulan el error de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, tentativa, eximentes imperfectas, responsabilidad restringida por edad y complicidad secundaria en el Código Penal, el *quantum* de la pena que debe reducirse para que el mínimo legal original sea sustituido por uno nuevo e inferior. Como de momento, no existe la posibilidad de atribuirle aquel efecto para que estas “circunstancias” incidan directamente en la estructura de la pena conminada –*en su conminación; es decir, en su límite superior e inferior*– la doctrina y jurisprudencia peruana desde el año 2015, ha negado su existencia y ha argumentado que su operatividad tiene otro efecto en la medición de la pena.

Sin embargo, los efectos dados a las ahora llamadas “causales de disminución de la punibilidad”, en la praxis judicial, son diversas –*al menos según doctrinalmente*–, así por ejemplo: MENDOZA AYMA explica de darse la concurrencia de las mismas, “no es posible determinar un marco concreto por debajo del tercio inferior; en ese orden de ideas, la pena tiene que individualizarse dentro de los límites de la pena abstracta y/o en el marco concreto reducido, pero nunca en un marco por debajo del tercio inferior” (Mendoza F., 2015, p. 125), y continúa explicando, “los efectos operativos de considerarlas como “causas de aumento o disminución de punibilidad” es similar a los de las circunstancias genéricas de atenuación” (Mendoza F., 2015, p. 125); por otro lado, para PRADO SALDARRIAGA de considerarlas causales de disminución de la punibilidad, será viable la

“(…) disminución discrecional o razonable (“prudencialmente”) de la penalidad conminada para el delito, pero que siempre deberá operar por debajo de su extremo inicial (“hasta límites inferiores al mínimo legal”) y cuyo límite final será en principio la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo discrecional, (...)” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 60).

La penalidad o pena conminada –*recordemos*– puede coincidir o no con el marco abstracto de la pena, pero en ambos casos es primordial que tenga un límite inferior y un límite superior. En ese entendido, si las circunstancias atenuantes privilegiadas autorizan

la creación de una pena conminada por debajo del mínimo legal establecido para el delito, creando un marco abstracto en el que luego de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas o comunes se determina el tercio o marco concreto para luego realizar la individualización judicial de la pena exacta o puntual, la primera parte de la definición dada por PRADO SALDARRIAGA, nos harían suponer que el efecto operativo dada a las causales de disminución de la punibilidad es la disminución prudencial sobre el marco abstracto, usando sus palabras, “disminución discrecional de la penalidad conminada para el delito”, lo que se apareja con los efectos operativos de la circunstancias atenuantes privilegiadas; sin embargo confusamente, sostiene a continuación que el “límite final será la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional”, por lo que surge el siguiente cuestionamiento ¿el límite inferior de la pena conminada será también la pena concreta?, si se diera el primer supuesto de la pregunta, los efectos jurídicos serían iguales a las circunstancias atenuantes privilegiadas, empero sin la especificidad del límite inferior como lo establece actualmente nuestra codificación; por el contrario, si se diera el segundo supuesto de la pregunta formulada, los efectos de las causales de disminución de la punibilidad no se aparifica con el de las circunstancias atenuantes privilegiadas, sino que su incidencia operativa será sobre la pena concreta. En mi opinión, la definición antes acotada es imprecisa; sin embargo, según la praxis judicial y el análisis de las resoluciones expedidas por la Corte Suprema de nuestro país, el efecto operativo obedece al segundo supuesto, ello es detallado a continuación.

El procedimiento operativo para la determinación de la pena con la concurrencia de “causales de disminución de la punibilidad” en el Perú, tiene dos momentos: “la primera se concreta al ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito correspondiente” (Prado V., 2016, p. 268); y, “el segundo paso (...) implica una degradación punitiva, siempre en línea descendente, la que tendrá como único límite la proporcionalidad que acuerde el juez luego de la lectura razonable y prudente del suceso factico; de sus dimensiones antijurídicas; así como los niveles de intervención de las personas implicadas” (Prado V., 2016, pp. 268 y 269). Del análisis de las sentencias casatorias – *ver infra*– emitidas después de que un sector de la doctrina asuma esta posición, refleja que la valoración de las “causas o causales de disminución de la punibilidad” no fijan un marco legal con un mínimo y un máximo, sino inciden directamente en la disminución judicial prudencial de la pena exacta o puntual, evitándose la valoración de las

circunstancias genéricas o comunes que concurran en el delito, esta situación será objeto de análisis en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

La consecuencia punitiva disminuida consignado en el dispositivo es indiscutible cuando nos remitimos a los artículos que contienen al error de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, tentativa, eximentes imperfectas, responsabilidad restringida por edad y complicidad secundaria: “se atenuará la pena, disminuyendo prudencialmente la pena, disminuir prudencialmente la pena hasta límites interiores al mínimo legal, podrá reducirse prudencialmente la pena”. Sin embargo, parece ser que este reposicionamiento doctrinario se debe a la *–hasta ahora–* innominada proporción que debiera ser descontada a la pena conminada para establecer un nuevo marco por debajo del tercio inferior a diferencia del derecho penal español que si la prevé. La negación de la existencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, implica negar también sus efectos jurídicos.

El *nomen iuris* “causas de disminución de la punibilidad” en la legislación peruana, deviene de la nomenclatura “circunstancias genéricas de disminución de la punibilidad” usada en el derecho penal colombiano *–y ésta a su vez del derecho penal alemán–*; empero el efecto es distinto según el reposicionamiento doctrinal afirmado por MENDOZA AYMA *–ver supra–*, pues mientras que las circunstancias genéricas de atenuación de nuestra legislación coadyuvan a identificar el tercio o marco concreto de la pena entre los límites previstos por el delito en el tipo penal, las “causas de disminución de la punibilidad” en el proceso de determinación judicial de la pena reglada en el derecho penal colombiano y según la tesis aportada por el profesor PRADO SALDARRIAGA, operaran debajo del mínimo legal del delito. En efecto, según únicamente a ésta segunda posición, el corolario operativo de las causas de disminución de la punibilidad en la individualización judicial de la pena en *stricto sensu* por debajo del mínimo legal, es aparejado con el de las circunstancias atenuantes privilegiadas; empero, el procedimiento operativo es diferente.

Siguiendo la misma línea discursiva, aun teniendo en algunos casos los mismos efectos operativos, subyace en el derecho penal comparado la problemática respecto del *nomen iuris* que debe darse a estos factores. El profesor EDUARDO DEMETRIO CRESPO, citando a José Luis Gonzáles Cussac (1995), sin mediar complicaciones y contraviniendo a la posición mayoritaria en España, ha concluido que “las circunstancias modificativas de la responsabilidad son en rigor (...) causas legales de modificación de la pena, que

quedan al margen de la discrecionalidad de los Tribunales, y por tanto, de la individualización judicial de la pena” (Demetrio E., 1991, p. 278).

No obstante, en la doctrina nacional, esta definición es contrapuesta a la asumida por el profesor PRADO SALDARRIAGA, quien ha subrayado sobre la naturaleza jurídica que:

“Las causales de disminución o incremento de punibilidad no son circunstancias atenuantes o agravantes. (...) En efecto las causales de disminución o incremento de punibilidad no son externas al delito como son las circunstancias, sino, por el contrario, intrínsecas a él como a su presencia plural (concurso de delitos); o la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad); o a su imperfecta realización material; así como al grado menor de intervención de las personas en su ejecución (...)” (Prado V., 2016, p. 245).

De esta hermenéutica, es importante destacar que las causas de disminución de la punibilidad a diferencia de las llamadas circunstancias atenuantes, son internas, esenciales o intrínsecas al delito; es decir, *contrario sensu* a la naturaleza de las circunstancias atenuantes privilegiadas que son accesorias o accidentales y que gradúan el injusto y la culpabilidad, las causales de disminución de la punibilidad son esenciales para la configuración del delito, lo que no es entendible, pues la complicidad secundaria por ejemplo –*considerada por PRADO SALDARRIAGA una causal de disminución de la punibilidad*– no es esencial para la existencia del delito, sino coadyuva a la graduación del injusto, culpabilidad o punibilidad según el grado de participación del agente. Sin embargo, continúa explicando que

“la justificación de sus efectos de disminución (...) sobre la punibilidad guardan conexión directa con la observancia y eficacia formal y material del principio de lesividad. Esto es, si la punibilidad, pena conminada o penalidad expresan la valoración de la capacidad dañosa que tiene cada delito, su extensión deberá verse disminuida (...) cuando aquella sea menor, por ejemplo, en los supuestos de tentativa o complicidad secundaria” (Prado V., 2016, p. 247).

Queda claro con este fundamento que los efectos operarían sobre la graduación de la penalidad. Estas “[c]ausales de disminución de la punibilidad” implican la aminoración de la pena. Anota que en el “derecho penal comparado la presencia de estas circunstancias

de disminución o incremento de punibilidad dan lugar a la configuración nominal de tasa o porcentajes, pero siempre especiales, de punibilidad” (Prado V., 2016, p. 247).

Tal es el caso, continúa argumentando, “de la tentativa en el derecho colombiano o de las eximente imperfectas en el derecho penal español⁷⁰” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 60).

En el derecho penal colombiano, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ define a las causas de disminución como “fundamentos cuya finalidad es disminuir o atenuar el marco penal correspondiente” (Velásquez F., 1997, p. 699): la ira y el intenso dolor (art. 60°), el exceso de las causales de justificación (art. 30°), la tentativa (art. 22°), y la complicidad (art. 24°). Mientras que SATAY BOTERO, las llama siguiendo la jurisprudencia de su país como “fundamentos reales genéricos de punibilidad” a aquellas contenidas en la Parte General del Código y en el que

“(…) los extremos mínimo y máximo legales se pueden alterar y crear entonces un nuevo marco punitivo en virtud de especiales circunstancias que influyen en la responsabilidad del tipo penal (...) como la tentativa (artículo 27 del C.P.), la ira o intenso dolor (artículo 57 C.P.), la complicidad (artículo 30.3 C.P.), la intervención en delitos de sujeto activo cualificado (parte final artículo 30 C.P.), la marginalidad, ignorancia y pobreza extremas (artículo 56 C.P.), en exceso en los límites de las causales de ausencia de responsabilidad (artículo 32.7 C.P.), etc.” (Satay N., 2015, p. 24).

Nótese, que la doctrina del derecho penal colombiano califica a estas causas de disminución de la punibilidad como circunstancias que “influyen” en la mediación de la punibilidad, tal como afirma el juez supremo peruano PRADO SILDARRIAGA; sin embargo, no califican como que de éstas “dependan” la existencia del delito. Asimismo, en el derecho penal colombiano estas causas crean un marco concreto con un mínimo y un máximo, y en el peruano no, pues su “límite final será en principio la pena concreta que decida el órgano jurisdiccional pero observando la proporcionalidad adecuada al caso (hasta límites inferiores al mínimo legal)” (Prado V., 2016, p. 248).

⁷⁰ Recordemos que en el derecho penal español, las eximentes imperfectas son consideradas circunstancias atenuantes privilegiadas. El fundamento de la nomenclatura dista del asumido en legislaciones como la peruana y la colombiana sobre las causales de disminución de la punibilidad.

Parece ser que, en la jurisprudencia y doctrina peruana se ha generado una dependencia en otorgar a nuestras “circunstancias o factores” nomenclaturas foráneas, empero, con efectos no uniformes y que estamos obligados a darles principalmente por el escaso estudio doctrinario y deficiencia de nuestras leyes. Ante ello surge la pregunta, ¿por qué antes se les llamaba circunstancias atenuantes privilegiadas y ahora un sector de la doctrina las llama causales de disminución de la punibilidad?, la respuesta no es tan simple, pues se ha dejado notar que en el Perú lo único importante es saber los efectos jurídicos de determinados factores sobre la medición de la pena, es decir, lo único preocupante es aplicar autónomamente una reducción indeterminada a la pena abstracta o pena exacta, sin importar abordar y realizar estudios sobre las explicaciones dogmáticas sobre el origen y la naturaleza jurídica de estos factores, como si lo han desarrollado países como España y Alemania, que a partir de establecer su naturaleza jurídica dan explicaciones racionales sobre sus consecuentes efectos operativos sobre el procedimiento de la determinación. En el estudio doctrinario internacional de llamarla de una *–circunstancia atenuante privilegiada–* u otra forma *–causales de disminución de la punibilidad–* en la *praxis*, involucra que se hayan estudiado estas circunstancias desde la teoría del delito o desde el seno de la teoría de la pena.

Doctrinas como la española y la alemana son las que han realizado el mayor análisis sobre la determinación judicial de la pena; de allí lo importante de su dogmática sobre el criterio y la valoración imperecedera de sus “circunstancias” que han servido de inspiración a los Códigos Iberoamericanos; sin embargo, es indudable que nuestra doctrina aún sin preocupación se ocupa episódicamente sobre el tema de establecer la naturaleza jurídica, lo que nos condena al desconocimiento y a la improvisación de brindar una operatividad heteróclita de todas las circunstancias que concurren en el delito.

Todo lo debatido sobre los factores objeto de análisis en la legislación y doctrina peruana debería atender al acogimiento de alguna de las dos posturas asumidas en el derecho penal comparado *–principalmente España y Alemania y que los códigos Iberoamericanos han seguido sus pasos–*. BESIO HERNÁNDEZ explica la orientación de mayor acogida y asentada en España de la siguiente manera:

“[L]a primera orientación *–mayoritaria en la doctrina española–* se encuentra en que las categorías del injusto y culpabilidad serían esencialmente graduables y las

circunstancias modificativas modularían o graduarían dichas categorías sin afectar a su esencia o existencia, en tanto elementos accidentales”⁷¹ (Besio M., 2011, p. 527).

Sin duda, ésta primera posición sobre la vinculación de las circunstancias a las categorías del injusto y culpabilidad para establecer la gravedad del hecho o la culpabilidad, se concebirá desde la teoría del delito. Por su parte, la segunda posición dogmática, principalmente acogida en Alemania, ha sido descrita de la siguiente forma:

“La segunda orientación dogmática se centra, (...), en la ubicación sistemática de las circunstancias modificativas en el seno de la teoría de la pena. La base de dicha concepción se encuentra en la consideración de éstas como elementos de carácter accidental que no afectan la esencia ni la existencia del delito, por lo que sólo constituirán “causas de disminución de la pena”, pues operarían una vez que el delito ya se ha constatado, sin afectar a sus elementos” (Besio M., 2011, p. 529).

Recordemos que en el derecho penal alemán —*en su doctrina dominante*—, “por regla general, una acción típica, antijurídica y efectuada responsablemente también es punible” (Roxin C., 1997, p. 970); es decir, “una cuarta categoría delictiva más allá del sistema tripartito del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esa razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad” (Roxin C., 1997).

El acuerdo en la doctrina alemana sobre las circunstancias, dice que “tales elementos no pueden pertenecer al injusto o la culpabilidad” (Roxin C., 1997), sino según las variadas posturas, “las circunstancias han de añadirse a la acción que realiza el injusto responsable para que genere la punibilidad, se denominan condiciones objetivas de punibilidad” (Roxin C., 1997), o en contraposición que existen “las causas de exclusión de la punibilidad (o de la pena), [que] son aquellas circunstancias cuya concurrencia excluye la responsabilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de punibilidad” (Roxin C., 1997); es en esta postura que se encuentran las “causas de supresión de la punibilidad”, a lo que la doctrina peruana las llama “causales de disminución de la punibilidad”; por

⁷¹ Esta postura es apoyada por Mir Puig Santiago, Luzón Peña Diego-Manuel, Cerezo Mir José, Muñoz Conde Francisco, García Arán Mercedes, Bustos Ramírez Juan, Homazábal Malarée Hernán y Choclán Montalvo José Antonio.

tanto, adecuar hermenéuticamente a una nomenclatura del derecho comparado, involucra darle los mismos efectos operativos y fundamentos dogmáticos.

En el mismo orden de ideas y complementando ambas posturas, el profesor MIR PUIG, ha acotado respecto al importante estudio de las circunstancias desde una determinada teoría dogmática, lo siguiente:

“Se discute si las circunstancias modificativas han de estudiarse en el seno de la teoría del delito o dentro de la teoría de la pena. El segundo es el camino seguido en Alemania, mientras que el primero es usual en España. Este tiene la ventaja de que vincula a la teoría del delito la determinación de la pena por razón de circunstancias. La determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito. Es comprensible que las circunstancias que aumentan o disminuyen la cantidad del injusto penal o la posibilidad de imputación personal del hecho agraven o atenúen la pena. De ahí que importe decidir qué circunstancias afectan al injusto penal o cuáles a su imputación personal [culpabilidad]” (Mir Puig S., 2002, p. 597).

Según el razonamiento precedente, aceptar los fundamentos dogmáticos de la determinación de la pena desde el seno de la teoría del delito, nos permite graduar el injusto y la culpabilidad a razón de la influencia de determinadas circunstancias, las mismas que permiten la reducción de la pena abstracta por debajo del mínimo legal, efectos que pertenecen a la teoría de la pena.

Más allá de estas dos posiciones doctrinales sobre el estudio de las circunstancias a partir de la teoría del delito o desde la teoría de la pena, ciertamente, siempre será necesario establecer un marco abstracto o legal ante la presencia de circunstancias de eficacia extraordinaria, ya que permitirá la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas para hallar el marco concreto de la pena, efectos operativos que sí lo dan desde *–en el derecho penal comparado–* la teoría del delito, las circunstancias atenuantes privilegiadas; y desde la teoría de la pena, las causales de disminución de la punibilidad; no obstante, hasta lo aquí estudiado nos hace cuestionarnos ¿desde qué teoría es correcto estudiar la naturaleza jurídica y efectos operativos de estas “circunstancias”? Dado que no existe hasta el momento una explicación jurisprudencial y doctrinaria nacional sobre dichos extremos o un apego dogmático al estudio de las circunstancias

desde alguna teoría, asumiré mi postura en el apartado pertinente –*ver infra*–, así como los efectos operativos adecuados que debiera contener nuestra codificación.

4.3. HISTORICIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN EL PERÚ

En la historia de la codificación peruana sobre el proceso de determinación judicial de la pena o individualización del *quantum* de la pena cuando concurra una circunstancia atenuante privilegiada, se centró más allá del *nomen iuris*, en los problemas de la proporción que debía de reducirse ante la comprobación de atenuantes de eficacia extraordinaria. Sólo el vetusto Código Penal de 1863, sin atribuir la nómina de atenuantes privilegiadas, establecía taxativamente una proporción o el “grado” por debajo del mínimo inferior que debía de reducirse. Los Códigos de 1924 y 1991 resultaron omisos a la regulación de un proceso con circunstancias atenuantes privilegiadas y desterraron los grados nominados que debían de reducirse para los efectos de dichas atenuantes extraordinarias o las que hacían sus veces –*si se aceptan su existencia*–.

Por otro lado, es preciso argüir que el escepticismo que provocó la omisa regulación de la determinación de la pena con las circunstancias atenuantes privilegias o casuales de disminución de la punibilidad hasta la dación de la Ley N° 30076, ha generado propuestas, Proyectos de Código Penal y Anteproyectos de Código penal desde el 2002, en las que, como se verá, sí llaman a determinados factores como circunstancias atenuantes privilegiadas o como causales de disminución de la punibilidad y les otorga un específico efecto jurídico sobre el marco abstracto de la pena. De la exposición de motivos, en muchos casos, no se desprende los fundamentos dogmáticos de aceptarlos como atenuantes privilegiadas o causales de disminución de la punibilidad, así como la motivación de descender una determinada proporción; empero, si cabe destacar los esfuerzos por solucionar esta laguna legal respecto al proceso de determinación del *quantum* de la pena.

4.3.1. CÓDIGO PENAL DE 1863

El Código Penal Peruano de 1863 de influencia española –*Código Penal español de 1848*–, estableció un marco punitivo legal susceptible de ser dividido en grados y términos que a su vez, según la presencia de circunstancias que atenuaban o agravaban

la responsabilidad criminal contenidas en el catálogo del artículo 9° y 10° del Código, dejaban al juzgador marcos típicos no muy amplios para que establezca la pena exacta o final para el autor o partícipe del delito. La Sección Quinta, Título I, sobre la aplicación de las penas, regla desde el artículo 41° al 45° y 55° al 61° el procedimiento básico para establecer el marco concreto según el grado o término en el que el juez debe determinar la pena exacta o final que le corresponderá al penado según la presencia de alguna circunstancia.

Los grados y términos para establecer la pena de penitenciaría, expatriación, inhabilitación, cárcel, reclusión, confinamiento, suspensión de derechos, arresto mayor y arresto menor, establecidos en el artículos 32° de la codificación y que fueron destacados anteriormente en los sistemas de determinación de la pena en el Perú, sirvieron para graduar la punibilidad únicamente en los casos de tentativa y complicidad. Si alguno de estos dos factores concurría en el delito, el operador judicial debía remitirse a los artículos 46°, 47° o 48° del Código Penal. No se establecieron dispositivos que les dieran taxativamente el nombre de circunstancias atenuantes privilegiadas, ni el procedimiento operativo para llegar a la pena exacta o puntual en la valoración de las circunstancias “genéricas o comunes”; sin embargo es evidente el mayor margen de atenuación que brindaban a diferencia de las circunstancias de atenuación comunes o genéricas. Dejando a salvo las erratas y ortografía del texto original, los artículos en mención son los siguientes:

“Artículo 43°: Cuando la ley agrava la pena en un grado, se aplica el grado superior en el mismo término en que está la pena agravada; cuando disminuye la pena en un grado, se aplica igualmente el grado inferior en el término correlativo mínimo, medio ó máximo. Cuando la atenuación o agravación es de un término, se aplica el inmediato anterior ó posterior.

Artículo 46°: Al autor del delito frustrado se le aplicará la pena que la ley señale para el delito consumado, disminuida en un grado.

Artículo 47°: Al autor de tentativa ó confabulacion se aplicará la pena señalada al autor de delito consumado, disminuida en dos grados. En el caso del artículo 5°, si resultase daño, se castigará al autor en proporción al mal causado.

Artículo 48°: Los cómplices de delito consumado, de delito frustrado y de tentativa ó confabulación, sufrirán la pena que respectivamente merezcan los autores, disminuida en un grado”.

Las pena de penitenciaria se dividía en cuatro grados, con una extensión de tres años por grado; las de expatriación, inhabilitación, cárcel, reclusión, confinamiento, suspensión de derechos y arresto mayor y menor se dividía, a su vez, en cinco grados, con una extensión de tres años por grado para la expatriación e inhabilitación, un año por grado para la cárcel, reclusión, confinamiento, suspensión de derechos, un mes por grado para el arresto mayor; y, seis días por grado para el arresto menor. Ésta extensión de los grados en años, meses y días, establecían el *quantum* de pena o límite por debajo del mínimo hasta donde era posible la reducción, estableciendo al juez una pauta cerrada según la concurrencia de tentativa o complicidad para la aplicación de las penas.

Las eximentes imperfectas contenían un texto similar al texto vigente. Empero, tenían efectos jurídicos menores, pues eran valoradas como circunstancias comunes que atenuaban la responsabilidad criminal y se usaban para determinar el grado o término en que finalmente se ubicaría la pena final. Su eficacia incidía en la determinación del marco concreto ante la concurrencia incompleta o ante la falta de probanza de las causales que eximían la responsabilidad contenidas en el artículo 8° del texto de la ley, entre las que resaltan: obrar en estado de demencia o locura, en estado de legítima defensa, en estado de necesidad justificante, por el obrar violentamente a casusa de una fuerza física irresistible, entre otros.

“Artículo 9°: Son circunstancias atenuantes. **1ª.** Las comprendida en el título anterior, cuando no concurren en ellas todos los requisitos necesarios para eximir la responsabilidad, ó no sean plenamente probadas. (...)”.

Por otro lado, la Constitución peruana de 1860, establecía en el artículo 37^{o72} que la mayoría de edad se adquiría a los veintiún años; sin embargo, el Código Penal de 1863 no hace una diferenciación ni otorga algún beneficio atenuatorio a quienes se encontraran en dicha edad o en algunos años mayores como lo establece nuestro actual

⁷² Constitución Política del Perú de 1860, “Artículo 37°: Son ciudadanos en ejercicio, los peruanos mayores de veintiún años; y los casados, aunque no hayan llegado a dicha edad”.

artículo 22° del Código Penal. Sin embargo, cabe destacar que dentro de las circunstancias atenuantes contenidas en el catálogo del artículo 9° del Código Penal de 1863, los incisos 2) y 3) establecían el efecto atenuatorio general para quienes eran mayores de quince y menores de dieciocho años de edad y para aquellos menores de quince en los que se haya probado su discernimiento, claro está, condicionado a que se encontrasen casados.

Por último, con respecto al error de prohibición como hoy lo conocemos, el Código Penal de 1863 se limitó en el artículo 6° establecer que de igual modo era punible si el agente desconocía la licitud de su acto; no obstante, no hay artículo que regule la extensión de la penalidad.

“Artículo 6°: La ignorancia de la ley penal no exime de responsabilidad al delincuente”.

4.3.2. CÓDIGO PENAL DE 1924

El Código Maúrtua de influencia helvética, otorgó la característica principal en el proceso de determinación de pena que hasta nuestra legislación vigente se mantiene imperecedera: el delito establecía dos límites, uno superior e inferior (marco concreto) en el que debía determinarse la pena final. El artículo 50° establecía un margen con un *mínimum* y un *máximo* para que el juez pueda recorrer éste espacio punitivo luego de la valoración de las circunstancias previstas en el artículo 51°. No obstante, para aquellos factores que permitían desbordar la pena por debajo del límite inferior, no se les dio la nomenclatura de circunstancias atenuantes privilegiadas, pero sí aludía a un “disminución prudencial hasta límites inferiores al *mínimum* legal”.

Con respecto a la edad de infractor, ésta sólo era valorada como una circunstancia genérica, se encontraba prevista en el artículo 51°, inciso 2); y tenía los mismos efectos que la contenida en el artículo 46°, inciso 1) acápite h. de nuestro Código actual. El texto del referido artículo del Código Penal de 1924 describía lo siguiente:

“Artículo 51°: Para la aplicación de la pena los jueces apreciarán la culpabilidad y el peligro del agente, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificadoras del delito: (...). 2°. La edad, (...)”.

El Título X dedicada a las Causas que Eliminan o Atenúan la Represión, contiene los artículos que regulan la modulación de la pena ante la presencia del error de prohibición vencible, eximentes imperfectas, tentativa y complicidad secundaria. El profesor PRADO SALDARRIAGA, destaca que tales artículos

“sólo aluden a una disminución siempre discrecional y razonable (*“prudencialmente”*) de la penalidad conminada para el delito. Sin embargo, también se marca siempre tal disminución deberá operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor” (Prado V., 2016, p. 248).

El error de prohibición se encontraba regulado en el artículo 87°. El desconocimiento del carácter delictuoso del acto por ignorancia, facultaba a juez imponer una pena reducida, que sobrepasaría el margen inferior de la pena, no demarcando un límite final. Ello también ocurre con las eximentes imperfectas o responsabilidad atenuada (artículo 90° del CP) por la falta de requisitos para eximir la punibilidad descritas en el catálogo del artículo 85°, las que destacan aquellos que cometiesen el delito en estado de enfermedad mental, de idiotez o grave alteración de la conciencia, el que obra en legítima defensa, el que obra violentado por una fuerza física irresistible, por haber estado en cumplimiento de sus deberes de función y profesión, por disposición de la ley o por orden obligatoria de autoridad competente.

“Artículo 87°: En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites interiores al *minimum legal*. (...)”.

“Artículo 90°: En el caso del artículo 85°, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al *minimum legal*”.

Para los casos de tentativa, reguladas en el Título XI Tentativa, desde los artículos 95° al 99°, el Código diferencia de aquella que es interrumpida por el propio agente y aquella que es interrumpida en contra de su voluntad, en el primer caso al revelar menos peligrosidad que el segundo, la ley le faculta al juez la imposición de una pena hasta límites inferiores al legal. Por otro lado, en referencia del delito imposible, es

curioso que el Código autorice que el juez pueda sancionarlo con una pena, aunque hasta límites inferiores al *mínimum* legal, bajo la premisa de poner de manifiesto la peligrosidad del autor. Ello se desemeja con el artículo 17° de nuestra codificación actual, que establece como no punibles la tentativa cuando es imposible la consumación del delito.

“Artículo 95°: La tentativa no es punible cuando el agente hubiere desistido espontáneamente de la infracción. Pero no quedaran impunes lo hechos practicados que constituyan por sí mismo delito.

Artículo 96°: El juez podrá atenuar la pena de la tentativa hasta límites inferiores al *mínimum* legal, antes de haber sido descubierta, el agente hubiese obrado de mutuo propio para impedir la producción del resultado.

Artículo 97°: En los casos en que la ley prescribe la pena de internamiento, se sustituirá esta pena, en la tentativa, por la de penitenciaría o la de relegación de diez a veinte años. En los casos en que la ley prescribe otras penas para el delito consumado, el juez podrá a su juicio aplicarlas en la misma medida para reprimir la tentativa o podrá reducirlas de un tercio a la mitad según las modalidades del hecho y las condiciones del culpable, cuando éste hubiera puesto de su parte todo lo necesario para la consumación, no realizada por circunstancias accidentales. El juez hará la misma reducción de pena cuando el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito.

Artículo 99°: El juez podrá atenuar la pena hasta límites inferiores a su *mínimum* legal, respecto de aquel que hubiera intentado cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito fuese absolutamente imposible”.

Por último, el Título XII sobre la Participación en Hechos Punibles, regula en su artículo 102° la complicidad secundaria. Es interesante la manera en como el legislador vinculó determinar la reducción de la pena del cómplice condicionada a la pena del autor. El cómplice merecía hasta en una tercera parte de lo que merecía el autor del delito consumado. Empero, ello en la praxis judicial podía ser benevolente cuando analizamos el proceso de determinación de la pena que podía darse en cierto casos, por ejemplo en un delito en el que además de ser cómplice secundario hubiera sido tentado,

la pena en muchos casos iba a resultar irrisoria; por otro lado, en las situaciones en que aún no se hubiera juzgado al autor del delito, el juez no podía realizar esa operación matemática para llegar a la tercera parte de lo que eventualmente se le hubiere penado al autor.

“Artículo 102°: El juez podrá disminuir la pena del cómplice hasta en una tercera parte de la represión que imponga al autor del hecho punible. Si la pena del hecho punible fuera la de internamiento, la pena del cómplice será la penitenciaria no menor de doce años”.

Para el proceso de determinación de la pena cuando concurría alguno de estos factores, como lo explica el profesor PRADO SALDARRIAGA, “(...) su límite final será en principio la pena concreta que decida el órgano jurisdiccional de modo discrecional pero observando la proporcionalidad adecuada al caso (*hasta límites inferiores al mínimo legal*)” (Prado V., 2016, p. 248). Sin embargo, este fundamento también fue usado por el profesor para legitimar el proceso de determinación de la pena cuando concurren causales de disminución de la punibilidad en el Código de 1991 y sus modificatorias, lo que desde mi punto de vista no resulta correcto, pues en el Código Penal de 1924 en el artículo 51° al igual que nuestro Código vigente en sus artículos 45° y 46° contienen un catálogo de atenuantes y agravantes comunes o genéricas que están regladas precisamente para coadyuvar en la graduación de la pena dentro de determinado marco. En la actualidad no se puede dejar sin valorar todas las circunstancias concurrentes en el delito, aun cuando existiera una “causal de disminución de la punibilidad” que propicie la determinación de la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, pues de ocurrir ello “(...) se afectará siempre la validez de la pena concreta por no responder, plenamente, a las exigencias del principio de pena justa” (Prado V., 2016, p. 202).

4.3.3. CÓDIGO PENAL DE 1991

Dejando atrás la influencia suiza, diversas fuentes legislativa foráneas — *principalmente española y alemana*— inspiraron el heteróclito Código Penal de 1991, desde su entrada en vigencia mediante el Decreto Legislativo N° 635 de fecha 08 de abril de 1991 y sus posteriores reformas, hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 30076; se mantuvo despreocupada las intenciones por establecer o reorganizar

las reglas para la determinación de la pena cuando concurren aquellos factores que permitían la reducción de la pena, y persistió en la vetusta “disminución prudencial”, a diferencia de la codificación predecesora sin especificar que el efecto debiera sobrepasar el “mínimo legal”, en el que únicamente está permitido taxativamente para las eximentes imperfectas.

El Capítulo II sobre la Aplicación de la Pena del Título III del Código Penal sin modificaciones, contenía únicamente en sus artículos 45° y 46° el catálogo de circunstancias comunes o genéricas para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley. La doctrina se encargó de la explicación didáctica del esquema operativo para la determinación de la pena, la primera era la identificación del marco abstracto o pena básica, dentro de ésta el juez después de valorar las circunstancias comunes o genéricas debe desplazarse dentro de este margen para determinar el marco concreto para la consecución de la labor discrecional de individualizar la pena exacta; sin embargo, el procedimiento no culminaba, pues si se comprobada la presencia de algún “indicador particular o circunstancia cualificada, [ésta autorizaba] al órgano jurisdiccional a ubicar la pena concreta por debajo (...) de los límites de la pena básica o conminada” (Prado V., 2000, p. 102).

Al igual que el Código de Maúrtua el procedimiento obedecía a que “la pena básica y en su caso la obtenida en la segunda etapa de determinación deberán de adecuarse a los efectos penales que aquellas circunstancias producen” (Prado V., 2000, p. 103); es decir, ubicada la pena exacta o puntual “parcial”, y luego comprobada la concurrencia de este tipo de factores, la pena exacta o puntual “final” era disminuida por el órgano jurisdiccional sin linde pero de manera discrecional hasta límites inferiores al mínimo legal.

“Artículo 14°: Error de tipo y error de prohibición.

(...)

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Artículo 15°: Error de comprensión culturalmente condicionado.

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Artículo 16°: Tentativa.

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Artículo 21°: Responsabilidad restringida.

En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Artículo 22°: Responsabilidad restringida por edad.

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga mayor de dieciocho años y menor de veintiún años, o más de sesenticinco años, al momento de realizar la infracción.

Artículo 25°: Complicidad primaria y secundaria.

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”.

Para el profesor PRADO SANDARRIAGA, en su momento eran consideradas como circunstancias cualificadas a

“las eximentes imperfectas de artículo 21° o los casos de imputabilidad restringida en razón de la edad del autor prevista en el artículo 22°, (...), la realización del delito de omisión impropia (Art. 13°); que se haya actuado bajo u error de prohibición vencible (Art. 14°, segundo párrafo *in fine*), que la ejecución del ilícito

sólo haya alcanzado el grado de tentativa (Art. 16° *in fine*), (...), etc.” (Prado V., 2000, p. 103).

Sin embargo, es necesario acotar un problema que viene siendo perdurable hasta la modificación y dación de artículos relacionados con la medición de la pena mediante la Ley N° 30076 y sobre aquellos factores que se considera de extraordinaria efectividad atenuatoria; es decir, las circunstancias atenuantes privilegiadas. Y es que, al remitirnos a la consecuencia jurídica del error de prohibición vencible, al error de comprensión culturalmente condicionado vencible, tentativa, responsabilidad restringida por edad, y complicidad secundaria, el texto de la ley autoriza una “atenuación prudencial” o “disminución prudencial” de la pena. Por lo que se evidencia dos problemas: primero, la norma no nos especifica si la reducción es sobre la pena abstracta, pena concreta o sobre la pena puntual; y, segundo, tales consecuencias no autorizan expresamente que la reducción sobrepase el margen inferior del mínimo legal establecido para el delito, como sí lo hace el texto de las eximentes imperfectas, que es el único factor que autoriza la reducción “hasta límites inferiores al mínimo legal”.

4.3.4. ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DE 2002 – LEY N° 27837

El Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal, fue redactada por la Comisión Especial Revisora del Código Penal promovida por el Congreso de la República a través de la Ley N° 27837 de fecha 04 de octubre de 2002. De influencia colombiana, la propuesta del proceso de determinación de la pena era confuso e inaplicable según los efectos de nuestras circunstancias.

Para la determinación de la pena con la concurrencia de circunstancias genéricas, su artículo 49° estableció un ámbito de movilidad de la individualización de la pena, en la que consistía en la división en cuatro segmentos del marco punitivo o pena abstracta establecida para el delito, y según la valoración de las circunstancias concurrentes se decidía el segmento concreto. Sin embargo, la redacción del artículo 49° del Proyecto dedicado al Proceso de Individualización de la Pena, generó incoherencias para la determinación de dicho segmento concreto, pues en el derecho penal colombiano las “causales de disminución de la punibilidad determinan el marco

punitivo conminado para el delito cometido se reduzca en ambos extremos de la pena conminada y que luego el espacio de punibilidad rediseñado sirva para la búsqueda de la pena concreta” (Velásquez F., 2009, p. 1092); sin embargo, como en nuestra legislación tales circunstancias seguían aludiendo a una “disminución prudencia”, no era posible la formación de un marco concreto.

“**Artículo 45°:** Para determinar la pena aplicable, el juez debe atender a las siguientes etapas consecutivas:

1° Identificar la pena básica, la que está constituida por la sanción conminada. En el caso de penas alternativas el juez escogerá una de ellas.

2° Establecer la pena concreta atendiendo a las atenuantes señaladas en los artículos 13°, 14°, 15°, 16°, 21° y 25°, si fuera el caso.

3° Individualizar la pena, atendiendo a cada una de las circunstancias aplicables previstas en los artículos 46,47 y 48.

(...)

Artículo 46°: Son circunstancias de atenuación, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

(...)

9° Cuando se tratare de delitos que afecten levemente el bien jurídico protegido, la pena se reducirá por debajo del mínimo hasta una mitad”.

Como se aludió, los artículos mencionados en el inciso 2. del artículo 45° del Proyecto, además de considerarlos únicamente como atenuantes, aluden a una “disminución atenuada”, empero, se mantiene la redacción en referencia a las eximentes imperfectas de una reducción “hasta límites inferiores al mínimo legal”. Éstos se encontraban redactados en el Capítulo I titulado Bases de la Punibilidad del Título II Hecho Punible, del siguiente modo:

“**Artículo 14:** (...) El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Artículo 15°: El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Artículo 16°: En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito doloso, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Artículo 21: En los casos del artículo 20°, cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena inclusive hasta límites inferiores al mínimo legal.

Artículo 22°: Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de 16 años y menos de 18 años, o más de 65 años, al momento de realizar la infracción.

Artículo 25°: A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”.

4.3.5. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2008-2010 – LEY N° 29153

El Anteproyecto de Código Penal 2008-2010, fue redactado por la Comisión Especial Revisora del Código Penal autorizada mediante Ley N° 29153 de fecha 15 de diciembre de 2007. Creada con la intención de modificar las propuestas incoherentes del Anteproyecto del 2002, innovó el denominado “Sistema de tercios”, en el que se dividía la pena abstracta o marco punitivo establecido en el delito en tres segmentos o tres marcos concretos, seguidamente se escogerá uno de ellos “siempre en función a la mayor o menor presencia en el caso *sub judice* de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 35), ello es planteado en el artículo 44° del Proyecto. No cabe duda, que el esquema operativo del “Sistema de Tercios” le dio congruencia al proceso de determinación de la pena; no obstante, el criterio sobre la proporción de la reducción de la pena o *quantum* de la pena que debía reducirse ante la leve afectación de un bien jurídico protegido en el delito, no varió del Proyecto del 2002.

“Artículo 44°: Toda condena debe tener una fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible, o modificatorias de la responsabilidad. El juez determinará la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

(...)

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes o agravantes calificadas, la pena concreta se determina de la manera siguiente:

- a.** Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior.
- b.** Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determinara por encima del tercio superior.
- c.** En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

Ubicados en el Capítulo I Bases de la Punibilidad del Título II Del Hecho Punible, la redacción de los artículos 14° sobre el error de prohibición vencible segundo párrafo, el art. 15° sobre el error de prohibición culturalmente condicionado vencible, el artículo 16° sobre tentativa, el art. 21° sobre las eximentes imperfectas y el art. 25° sobre la complicidad secundaria, no variaron del texto del Proyecto del 2002, con lo que los problemas del Anteproyecto antes analizado, permanecieron. Sin embargo, si varió, la redacción del artículo 22° dedicado a la responsabilidad restringida por edad.

“Artículo 22°: Se reducirá prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de 18 (dieciocho) años y menor de 21 (veintiuno) años o más de 65 (sesenta y cinco) años al momento de realzar la infracción”.

4.3.6. PROYECTO DEL PODER JUDICIAL DEL CÓDIGO PENAL DE 2012

El Proyecto del Poder Judicial del Código Penal de 2012, fue redactado por la Comisión de expertos del Poder Judicial y revisada por los Jueces Supremos, aprobada por la Sala Plena de la Corte Suprema, fue remitido al Congreso de la República con fecha 22 de octubre de 2012. Este Proyecto de Reforma, proponía la modificación de los artículos vinculados a la determinación de la pena: 46°, 46°-B y 46°-C; y, la incorporación del artículo 45°-A.

A diferencia del Anteproyecto del 2008-2010, este Proyecto no consignó una disposición dedicada a calificar a las atenuantes privilegios como representativas de la leve afectación del bien jurídico del delito. Y aunque, el Proyecto mejoró la redacción de los artículos sobre reincidencia y habitualidad (artículos 46°-B y 46°-C), y la nomenclatura específica de “circunstancias atenuantes privilegiadas” en el texto del artículo 45°-A inciso 3), éste no modificó los efectos operativos.

“Artículo 45°-A: Toda condena debe tener una fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible, o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determinará la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

(...)

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas, la pena concreta se determina de la manera siguiente:

- a.** Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior;
- b.** Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determinara por encima del tercio superior; y

c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

En tal sentido, sin hacer mención expresa sobre cuáles eran los factores que debieran de considerarse como circunstancias atenuantes privilegios y la proporción en la que debiera reducirse el *quantum* de la pena, se mantuvo la deficiencia sobre la determinación de la pena en todos los Anteproyectos y Proyectos precursores.

4.3.7. REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY N° 30076 AL CÓDIGO PENAL DE 1991

La Ley N° 30076⁷³, propició una verdadera reforma e innovación en la regulación concerniente a la determinación judicial de la pena que hasta el 19 de agosto de 2013 *–día en que Ley fue promulgada–* contenía el Código Penal de 1991, con lo que concretó las intenciones de los Proyectos y Anteproyectos que hasta ese momento habían planteado. Fue expedida con motivo de combatir la inseguridad ciudadana, como denota su título, e incorporó el artículo 45°-A en el Capítulo II *–dedicado a la aplicación de la pena–* del Título III del Libro Primero del Código Penal, dotando de una nueva estructura y un procedimiento esquemático a seguir en el proceso de determinación judicial de la pena. La incorporación al texto del Código Penal del artículo 45°-A, nació como consecuencia de las proposiciones del artículo 44° del Anteproyecto del Código Penal 2008-2010 y del artículo 45°-A del Proyecto del Código Penal del 2012; y, fue de éste último que se transcribió fielmente su contenido; empero, la deficiencia en la indicación de qué factores eran considerados circunstancias atenuantes privilegiadas y la proporción de la pena que debía reducirse por debajo del mínimo legal, perduró. El texto del artículo referente a las circunstancias atenuantes privilegiadas, fue redactado de la siguiente manera:

“Artículo 45°-A: Individualización de la pena.

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

⁷³ Ley N° 30076 – Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto de 2013 en el Diario Oficial “El Peruano”.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

(...)

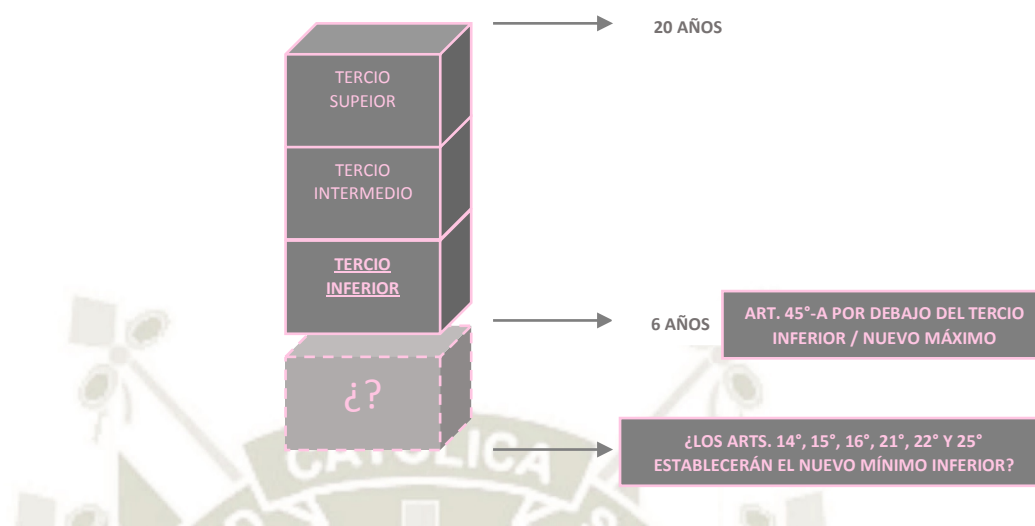
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera.

- a.** Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
- b.** Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c.** En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

De manera tal que, el artículo 45°-A inciso 3) del Código Penal sí regula el procedimiento para determinar la pena cuando concorra una circunstancia atenuante privilegiada. Se desprende de su texto que la pena concreta ha de determinarse por debajo del tercio inferior, por lo que, el anterior mínimo legal se convierte en el nuevo máximo legal; sin embargo, el escollo se encuentra cuando se pretende determinar el nuevo mínimo legal.

En el delito de homicidio simple prescrito en el artículo 106° del Código Penal, en donde el marco punitivo es no menor de seis años ni mayor de veinte años, y concorra una circunstancia atenuante privilegiada, según lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 45°-A del CP, la pena debe determinarse por debajo de su tercio inferior, en ese sentido, el nuevo máximo legal es el anterior mínimo legal, esto es, seis años de pena privativa de libertad; empero, este dispositivo no establece el procedimiento para determinar el nuevo mínimo legal.

Gráfica 4: Determinación judicial de la pena con circunstancia atenuante privilegiada en el delito de Homicidio Simple



Fuente: Elaboración propia.

4.3.7.1. Remisión al texto de las Circunstancias Atenuantes Privilegiadas

Más allá del debate puramente nominal, una solución posible sería remitirnos al contenido de los artículos de llamadas *–por un sector de la doctrina–* circunstancias atenuantes privilegiadas; es decir, ceñirnos al texto de los artículos que regulan al error de prohibición vencible (art. 14° segundo párrafo), error de prohibición culturalmente condicionado vencible (art. 15°), tentativa (art. 16°), eximentes imperfectas (art. 21°), responsabilidad restringida por edad (art. 22°), y complicidad secundaria (art. 25°), para saber si aquellas exigen que la reducción se haga en determinada proporción.

“**Artículo 14°:** (...) El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Artículo 15°: Error de comprensión culturalmente condicionado.

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

Artículo 16°: En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Artículo 21°: En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Artículo 22°: Responsabilidad restringida por la edad

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. (...)

Artículo 25°: (...) A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”.

Sin embargo, tal y como se desprende, las consecuencias jurídicas establecidas para estos factores, será la de “atenuar la pena, disminuirla prudencialmente, o disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal” (únicamente para las eximentes incompletas); por lo que, no establecen la proporción o límite del *quantum* de la pena que debe de reducirse a cada circunstancia atenuante privilegiada. Si del texto del artículo 45°-A inciso 3) del Código Penal, ni de las disposiciones normativas de las circunstancias atenuantes privilegiadas, nos compelen a una solución respecto del mínimo legal inferior; sin lugar a duda, nos encontramos ante una laguna del derecho, una situación que no tiene norma reguladora y por el contrario se estima que debe tenerla.

4.3.7.2. Laguna en el Derecho Penal

La laguna en el Derecho es la “ausencia de normas positivas aplicables a relaciones o casos jurídicos determinados, especialmente ante un planteamiento litigioso” (Cabanellas G., 2001, p. 85). Empero, aún es debatible en la doctrina comparada la existencia de estas lagunas, un sector afirma que éstas no pueden existir en el derecho penal, “pues el espacio libre entre conductas típicamente antijurídicas, es jurídicamente permitido a virtud del principio de reserva” (Jiménez L., 1950, p. 481).

“La doctrina no es unánime respecto a la posible existencia de las lagunas en la ley penal. Mientras unos niegan categóricamente las lagunas al invocar el principio de reserva o de exclusividad (*nullun crimen, nulla poena sine lege*), otros en cambio las admiten. Si bien desde un punto de vista absoluto no hay lagunas en la ley, puesto que el ordenamiento jurídico penal, como dice Soler, constituye una yuxtaposición de “incriminaciones cerradas” y fuera de ellas se está en la zona de libertad, desde un punto de vista estricto o impropio se afirma que sí las hay, pero fuera de los delitos y las penas, pues como piensa Vannini, en ocasiones excepcionales y tratándose de casos no previstos expresamente, para evitar incoherencias o ilogicidades, debe recurrirse a la analogía, legal o jurídica, o bien a los principios generales del Derecho a fin de deducir la norma aplicable” (Pavón F., 1997, p. 623).

Más allá del debate dogmático, lo cierto es que no puede soslayarse que es inevitable que en la ley existan situaciones no reguladas, y ello ha sido evidenciado en la praxis judicial; por lo que, su existencia deviene en indiscutible. En ese sentido, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, define a la laguna en el derecho como aquella situación en la que

“[a] veces las leyes no han considerado, en absoluto, el caso que el juez tiene que decidir; no tratan de él ni siquiera con expresiones inadecuadas y dudosas que pudieran autorizar una interpretación extensiva. Nos hallamos ante una laguna del derecho positivo; es decir, de la ley” (Jiménez L., 1950, p. 480).

En la doctrina peruana, MARCIAL RUBIO CORREA ha explicado de manera prolija que “[l]a laguna del derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico” (Rubio M., 1995, p. 280). Esta definición, nos lleva a dos cuestionamientos, la primera será cuándo nos encontramos ante una laguna legal; es decir ante una situación que debe regularse; y, la segunda será cuál es la diferencia con el llamado “vacío en el derecho o vacío legal”. Por contraste, el concepto de vacío legal es “un suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el Derecho rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos (...)” (Rubio M., 1995, p. 280).

En tal sentido, la consecución de la ausencia de una norma, será la de encontrarse frente a un vacío del Derecho en que no existe la necesidad de integrar norma en el sistema jurídico; o, ante una laguna en el Derecho, en la que se hace necesario la integración de un dispositivo legal al sistema sustantivo.

En virtud del presente epígrafe, es imperativo tener presente las tres situaciones en las que se considerará que existen lagunas en el Derecho, y según dichas situaciones, como es explicado por RUBIO CORREA, se harán uso de los métodos de integración jurídica:

- “Cuando el caso carece de norma tiene una racionalidad que es sustancialmente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos son fenoménicos distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, tiene una esencia común o una lógica encadenada. Ello nos lleva a la analogía y a la *ratio legis* que la sustenta.
- Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generaría una consecuencia que agravia los principios generales del Derecho. Esto nos lleva al problema de integración mediante la recurrencia a dichos principios.
- Cuando el Derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto, exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada. (...) Esto es lo que teóricamente se denomina *laguna técnica*” (Rubio M., 1995, p. 282).

Con respecto al tercer supuesto, en la praxis judicial “nuestros magistrados no han utilizado esta vía de integración, invocando la separación de poderes en una concepción según la cual, la dación de normas legislativas corresponde privativamente al Congreso (...)”. (Rubio M., 1995, p. 282).

Ahora bien, del análisis de esta investigación, se colige la existencia de una laguna en el derecho, pues el artículo 45°-A, inciso 3) del Código Penal no regula la proporción o *quantum* de la pena que debe reducirse por debajo del mínimo legal cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, es decir, queda claro que la determinación por “debajo del tercio inferior” generará un nuevo límite legal superior que serán el anterior mínimo establecido en el delito, sin embargo la ley no estableció el límite mínimo; por lo que, tal situación requiere solución, y no será alcanzada sino sólo a través de los métodos de integración jurídica: analogía y principios generales del derecho penal.

4.3.7.3. La Analogía

El Principio de Proscripción de la Analogía, ha sido reconocida por el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que a la letra establece: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”; por su parte, el artículo 139°, numeral 9) de la Constitución Política del Estado prescribe que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”; y, “sin embargo y sobrepasando los límites establecidos en la constitución, en el NCPP, se extiende la prohibición a la interpretación extensiva” (Prado V. & Hurtado J., 2011, p. 218), así en el artículo VII, inciso 3) del Título Preliminar del Código Procesal Penal especifica que: “(...) La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos (...)”;

Es en este punto donde nos planteamos el cuestionamiento sobre la viabilidad del uso de la analogía para dar solución a la laguna del derecho objeto de análisis del presente trabajo intelectual.

En principio y tal como lo proscriben nuestros dispositivos legales, tanto la analogía como la interpretación extensiva quedan prohibidas en tanto sean *contra reo*. Pero, qué diferencias tiene la analogía de la interpretación extensiva. JIMÉNEZ DE ASÚA, doctrinario que dedicó parte de sus investigaciones al análisis de la figura de la analogía, nos explica primero su definición y luego la diferencia que tiene ésta de la interpretación analógica y la interpretación extensiva.

“La analogía consiste en la decisión de un caso penal no contenido en la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico tomados en conjunto. Mediante el procedimiento analógico se trata de determinar una voluntad no expresa en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar; es decir, que se considera “latente” en aquellas” (Jiménez L., 1950, p. 481).

Más adelante sobre las diferencias nos detalla que:

“[p]or medio de la analogía se llega siempre a una extensión de la ley; pero la *analogía* se distingue de la *interpretación extensiva*, porque en ésta, aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por los legisladores, incluso sirviéndose de palabras inadecuadas para expresarlo, mientras que en la análoga el caso no ha sido previsto por la ley. Tampoco debe hablarse de la *interpretación analógica*, o, mejor dicho, ésta es cosa distinta de la analogía, porque la interpretación consiste en la búsqueda del contenido y el alcance de su texto legal, en tanto que con la analogía no se interpreta una ley, que en absoluto falta, sino que, por el contrario, se aplica al caso concreto una regla que disciplina un caso semejante. De este modo preciso, podríamos pues decir, que en la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía falta también la voluntad de ésta” (Jiménez L., 1950, p. 481).

Reafirmando la postura anterior, apunta el profesor RODRÍGUEZ MOURULLO que “la analogía es un procedimiento ideado para colmar las algunas de la ley. No es, por tanto, una interpretación, sino una *integración* de la ley. La aplicación

analógica supone verdadera *creación* del derecho, precisamente para regular casos no previstos por la ley” (Rodríguez G., 1978, p. 112). Asimismo, consiste en aplicar “una norma extraída de la propia ley (*analogía legis*) o del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*)” (Rodríguez G., 1978), ésta última recurre a los principios generales del Derecho y será analizada en el epígrafe siguiente.

Para la correcta aplicabilidad de la analogía en el Derecho, se requiere de una rigurosa actividad volitiva del operador judicial consistente en “[decidir] que el hecho ocurrido en la realidad es esencialmente igual al que describe el supuesto de la norma cuya consecuencia aplica, aun cuando es fácticamente distinto de él” (Rubio M., 1995, p. 284); es decir, se necesita confirmar la existencia del requisito de la semejanza esencial. El profesor MARCIAL RUBIO hace la diferencia entre semejanza e identidad basado en el análisis discrecional de la *ratio legis*,

“[é]sta última ocurre, (...), cuando el hecho descrito en el supuesto de la norma y el que ocurre en la realidad, son uno y mismo concepto, no importando que, por la simplificación a que hace recurso el lenguaje normativo, no estén descritos en el supuesto de la norma todos los detalles que el caso tiene en la realidad” (Rubio M., 1995).

Más adelante sigue explicando que,

“la identidad entre el hecho descrito en el supuesto y el hecho de la realidad entonces no es una identidad plena y total, sino la identidad entre los rasgos descritos y elementos diferentes, pero en la que el hecho de la realidad es *parecido en esencia* al descrito en la norma” (Rubio M., 1995).

Por el contrario, “una *semejanza esencial* siempre será discutible y casi nunca comprobable en estricto sentido de la palabra” (Rubio M., 1995), pues, según la ausencia de una característica del hecho en la vida real podrá hacerlo sustancialmente diferentes al supuesto de la norma, “ello equivale a decir que el agente operador del Derecho, recurra a ella a su juicio cuando, la *ratio legis* permita ver una semejanza esencial sumamente clara” (Rubio M., 1995). La *ratio legis* razonada por el juez, definirá la semejanza o disimilitud entre las características del supuesto y el hecho ocurrido en la realidad, que permitirán finalmente aplicar o no la misma consecuencia jurídica de la norma.

La analogía puede manifestarse en cuatro supuestos: el primero es el argumento *a pari* representado por el apotegma: “Donde hay la misma razón hay el mismo derecho”; el segundo es el *a fortiori*: “Si se puede hacer A, con mayor razón puede hacer B”; el tercero es el argumento *ab maioris ad minus* cuyo texto es: “Quien puede lo más puede lo menos”; y, el cuarto es el argumento *ab minoris ad maius*: “Si no puede lo menos tampoco puede lo más”. Para efectos del presente epígrafe investigativo, únicamente abordaremos el argumento *a pari*, pues puede ser el único usado en la solución de nuestra laguna legal.

El argumento “*ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*” o “donde se da la misma razón, allí debe haber igualmente la misma disposición jurídica”, recurre a la *ratio legis* y constituye una analogía en donde al “supuesto de la norma se le atribuye una consecuencia jurídica distinta pero semejante a la normada” (Rubio M., 1995. p. 291).

“El argumento *a pari* aporta dos variantes fundamentales a la analogía: una es la de variar la consecuencia manteniendo el supuesto y, la otra, variar el supuesto manteniendo la consecuencia. La diferencia entre ambas consiste en que la semejanza vía *ratio legis* puede ocurrir, bien en la consecuencia, bien en el supuesto. La manera de proceder en ambos casos, sin embargo, es la misma desde el punto de vista del raciocinio hecho” (Rubio M., 1995. p. 291).

Es bajo este argumento que el profesor CELIS MENDOZA, rechaza el uso de la analogía para solucionar la laguna legal del límite legal mínimo del nuevo marco concreto que debe crearse ante presencia de una circunstancia atenuante privilegiada, usando los criterios porcentuales que les corresponde a las circunstancias agravantes cualificadas. Usa el siguiente argumento en un artículo jurídico: “Ésta operatividad no es conforme a los fundamentos de la integración analógica, pues esta atiende al principio de “igual razón igual derecho”, situación que no se presenta, pues las razones de agravación son esencialmente opuestas a las razones de atenuación” (Mendoza F., 2017, Artículo: Determinación de la pena. Legalidad y proporcionalidad. Circunstancias atenuantes privilegiadas).

Ahora bien, doctrinarios peruanos también se han pronunciado sobre la analogía, y hacen una diferencia entre la analogía *in bonam partem* de la analogía *in malam*

partem (prohibida en nuestro ordenamiento jurídico) en el derecho penal. Así REÁTEGUI SÁNCHEZ, aporta que:

“La diferencia del Derecho penal y las restantes ramas del ordenamiento jurídico consiste en que ésta, el juez debe llenar los vacíos (lagunas) sirviéndose de cualquier disposición o principio general que sea compatible con el Derecho vigente. (...) De manera que un método para llenar esos vacíos sería a través de la analogía, que supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análoga a otros sí comprendidos en el texto legal. (...) sí es admisible cuando la analogía favorece al reo (*in bonam partem*) en tanto y cuanto no sea arbitraria, se ha dicho también que ésta analogía no vulnerará el límite garantizador del ciudadano frente al Estado” (Reátegui J., 2016, p. 429)

Por su parte, CASTILLO AVLA, URQUIZO OLAECHEA, SAN MARTÍN CASTRO, entre otros, en un compendio de Derecho Penal comentado, explican los alcances de la proscripción de la analogía que,

“[a]ctualmente la ciencia o dogmática penal de un Estado democrático de derecho, correctamente establece diferencias entre la analogía *in malam partem* (institución jurídica perjudicial para el reo) y la analogía *in bonam partem* (instrumento jurídico favorable para el reo). Sólo la aplicación de la primera estaría proscrita o prohibida por el Derecho Penal, mientras que la segunda –*en virtud de ser favorable al reo*– sería lícita y en consecuencia permitida.⁷⁴ (...) La analogía *in malam partem* se caracteriza por ampliar el alcance de los ámbitos de aplicación de las leyes que crean o agravan penas, restringiendo con ello los ámbitos de libertad del reo. La analogía *in bonam partem* es aquella que discrimina los hechos o sirve para atenuar la pena. La prohibición de la analogía se dirige a proscribir el argumento por analogía como medio de creación o de

⁷⁴ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Tomo 1, Tecnos, Sexta edición, Madrid, 1998. Págs. 170 y 173, quien sostiene que de acuerdo a la redacción actual del Código Penal español solo es posible plantear la aplicación de la analogía *in bonam partem* para las atenuantes, mas no para las eximentes de responsabilidad penal; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal español*. Universitas. Madrid, 1996. Pág. 170; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch. Tercera edición. Valencia, 1993. Pág. 300; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. Akal. Cuarta edición. En CASTILLO ALVA & URQUIZO DLAEEHEA & SAN MARTÍN CASTRO & CARO CORIA & REYNA ALFARO & BRAMONT-ARIAS TORRES... VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal Comentado – Tomo I, Título Preliminar, Parte General*, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2004, p. 79.

extensión de los tipos penales de la parte especial o de presupuestos de punibilidad, así como de creación o de agravación de las penas, medidas de seguridad u otras consecuencias accesorias. (...) Con la prohibición de la aplicación de la analogía en contra del *reo* el legislador busca evitar la creación o agravación de delitos y sanciones penales (penas o medidas de seguridad) más allá de lo expresamente señalado en la ley o lo que emana de su sentido teleológico posible. La creación de delitos como la incorporación de agravantes, así como la fundamentación de la pena, únicamente pueden realizarse mediante una ley previa, escrita, estricta y cierta. Esto significa que en un Estado democrático de Derecho se prohíbe la creación, mediante la analogía iuris, de un Derecho Penal paralelo o alterno al creado por el legislador” (Castillo J., et al., 2004, p. 80).

En ese sentido, la analogía no puede ser aplicada en contrario de los intereses del inculcado (“*analogía in malam partem*”) extendiendo los efectos de la punibilidad; y, por otro lado, la analogía a favor del reo (“*in bonam partem*”) sería aceptada bajo un criterio de interpretación en favor del procesado a causa de un vacío o laguna legal, posición que es aceptada por la doctrina y nuestra legislación.

Adelantándonos al análisis de los resultados que se verá *infra*, podría cuestionar en este momento que hacer uso de la analogía bajo el fundamento de la *in bonam partem* de las medidas porcentuales que corresponden a las circunstancias agravantes calificadas para solucionar la laguna legal del *quantum* de la pena o proporción por debajo del mínimo que debería reducirse a las circunstancias atenuantes privilegiadas, trae consigo dos problemas; primero, como afirma el profesor CELIS MENDOZA ambas circunstancias tienen razones esencialmente opuestas; y, segundo, cuál sería el criterio para usar una determinada proporción según la circunstancia agravante calificada elegida para realizar la analogía; toda vez, como se sabe, tiene diferentes porcentajes de agravación, esto es, 1/2, 1/3, 1/4 y el doble (x2) por encima del máximo legal.

4.3.7.4. Los Principios Generales del Derecho Penal

Sí la laguna en el derecho no encuentra solución mediante la aplicación de la analogía, el juzgador debe recurrir al segundo método o mecanismo de integración

jurídica; es decir, a los principios generales del Derecho. Su aplicación, se encuentra reconocido en el inciso 8) del artículo 139° de nuestra Constitución Política del Estado como un principio de la función jurisdiccional bajo el siguiente texto: “8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”; y, en el Código Penal reconocidos en el Título Preliminar del Código Penal y Código Procesal Penal y primeros artículos de la Parte Especial del Código Penal.

“Los principios generales del Derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y contenido mismo de las normas, grupos normativos, sub-conjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad” (Rubio M., 1995, p. 301).

En la especialidad del derecho penal, como en todas las ramas del derecho, existen principios generales. El profesor CASTILLO ALVA, las define como:

“Dichos principios jurídicos penales no son únicamente ideas rectoras válidas para el trabajo dogmático puro –y, *por tanto, meras piezas teóricas*–, sino constituyen criterios políticos-criminales a los que se debe atender tanto cuando se formulan las reformas penales como cuando se aplican las categorías del Derecho Penal a un supuesto fáctico. Los principios sirven al legislador y al juez, como a todo aquél que trabaje con los instrumentos conceptuales del Derecho Penal” (Castillo J., 2002, p. 12)

En el campo de la integración jurídica, los principios generales pueden ser usados para generar cualquiera de las siguientes consecuencias: la generación de normas para dar solución a las lagunas; o, la aplicación de la analogía *iuris*. La primera de ellas

“funciona cuando la laguna del Derecho es de tal naturaleza que su ocurrencia no está prevista en ninguna otra norma o grupo normativo del sistema, de manera tal que no podemos recurrir a ninguna clase de interpretación ni de analogía. En tal caso, para elaborar la resolución normativa, sólo puede utilizarse dichos principios” (Rubio M., 1995).

Por otro lado, la analogía *iuris* “consiste en aplicar analógicamente a una situación que no tiene principios expresamente previstos, los que sí resultan aplicables a una situación similar” (Rubio M., 1995); en otras palabras, la analogía y los principios generales del Derechos se combinan. La diferencia entre la analogía *iuris* y la analogía pura, es que la primera, “recurre a los principios generales aplicables a un caso de dichas características en relación a la laguna que se pretende solucionar” (Rubio M., 1995); mientras que la segunda “recurre a la norma establecida para un caso similar pero distinto” (Rubio M., 1995).

4.4. PROPUESTAS DE REFORMA ULTERIORES A LA DACIÓN DE LA LEY N° 30076

Después del análisis de la normativa vigente, esto es la laguna legal existente en el artículo 45°-A, inciso 3) incorporada por la Ley N° 30076 al CP; procederemos a verificar si de las propuestas legislativas luego de la dación de tal Ley, están orientadas a dar solución bajo fundamentos apegados a la dogmática penal y hermenéutica estudiadas a lo largo de los Capítulos.

4.4.1. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2014-2015 POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

El Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal del 2014 - Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR de fecha 14 de mayo de 2014, según la exposición de motivos, este documento fue elaborado por un Grupo de Trabajo de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, con la finalidad de culminar la labor de la Comisión Especial Revisora del Código Penal mediante Ley N° 29153. En cuanto a la regulación del proceso de determinación de la pena con la concomitancia de atenuantes privilegiadas, el texto sólo se limita a señalar que algunos de los postulados han sido acogidos de la dogmática penal comparada; por otro lado, sobre el artículo 63° sobre la leve afectación del bien jurídico como condicionamiento para la valoración de una atenuante privilegiada, la Comisión omite brindar fundamento alguno. Al respecto PRADO SALDARRIAGA apunta:

“[T]anto el Anteproyecto 2008/2010 como el Proyecto de Nuevo Código Penal 2014-2015 consigan como el prototipo de una circunstancia atenuante privilegiada

el que “*la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve*”⁷⁵. Para tal supuesto los documentos de reforma mencionados consideran como efecto la construcción de un nuevo mínimo legal “*hasta una mitad por debajo del mínimo legal*” original fijado para el delito cometido, el cual se asumirá también la condición de nuevo límite máximo” (Prado V., 2016, p. 238).

El artículo 59° del texto de la ley regula el Sistema de Tercios en la Individualización de la Pena, cabe precisar que los incisos 1), 2) y 3) propician un mayor orden y coherencia operativa para la determinación de los marcos abstractos y concretos ante la concurrencia de circunstancias genéricas o comunes y específicas, empero, el inciso 4) está dedicado a reglar el procedimiento de determinación de la pena con circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, sin alguna modificación sustancial del texto del artículo 45°-A inciso 3) de la legislación actual.

“Artículo 59°: El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

(...)

4. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a)** Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
- b)** Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c)** En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

Es imperativo destacar, que a diferencia de los Proyectos y Anteproyectos precursores, ésta propuesta si incluía en el texto de los artículos dedicados a la responsabilidad restringida por edad, error de comprensión culturalmente

⁷⁵ Proyecto de Código Penal 2014-2015 por el Congreso de la República. Artículo 63°: Consideraciones de atenuación y agravación. 1. La pena es atenuada hasta una mitad por debajo del mínimo legal cuando la afectación del bien jurídico producida por el delito sea insignificante. (...)”

condicionado vencible, tentativa, eximentes imperfectas, el calificativo de circunstancias atenuantes privilegiadas; empero, no obtenían *–aparentemente–* dicha naturaleza jurídica el error de prohibición vencible y complicidad secundaria; así también, resalta que con respecto a éste último, la pena sólo era posible disminuirla prudencialmente “incluso hasta límites inferiores al mínimo legal” a diferencia de las demás que el *quantum* de la pena debía reducir en un tercio por debajo del mínimo legal *–dicho sea de paso, ésta proporción no ha sido fundamentada en la exposición de motivos–*, con lo que se desprende que se encontraba a discreción del juez poder o no hallar la pena concreta por debajo del mínimo legal, lo que dista del efecto que debe surtir una atenuante privilegiada, según lo dispuesto por el artículo 59° del Proyecto. Contenidos en Títulos II Del Hecho Punible, Capítulo I Bases de la Punibilidad, su redacción fue la siguiente:

“Artículo 13°: Responsabilidad restringida.

1. Constituye circunstancia atenuante privilegiada cuando el agente tuvo más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción. En estos casos el juez reduce la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido. (...).

Artículo 18°: Error de comprensión culturalmente condicionado.

1. El indígena respecto de la justicia ordinaria que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, es eximido de responsabilidad penal.

2. Constituye circunstancia atenuante privilegiada cuando esa posibilidad se haya disminuida. En este caso el juez reduce la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido.

Artículo 22°: Error de hecho y error de prohibición.

(...)

2. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad. El juez reduce la pena hasta en un tercio por debajo del

mínimo legal señalado para el hecho punible cometido, cuando el error de prohibición es vencible.

Artículo 23°: Tentativa.

(...)

2. En la tentativa inacabada el juez reduce la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido. La tentativa inacabada constituye circunstancia atenuante privilegiada.

3. En la tentativa acabada el juez disminuye prudencialmente la pena, respecto de la que hubiese correspondida si se hubiese consumado.

(...).

Artículo 28°: Eximentes imperfectas.

1. La inconcurrencia de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad en cualquiera de los casos previstos en el artículo 27, constituye circunstancia atenuante privilegiada. En este caso, el juez reduce la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido.

(...).

Artículo 32°: Complicidad.

(...)

3. Los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia a la realización del hecho punible se les puede disminuir prudencialmente la pena, inclusive hasta límites inferiores al mínimo legal”.

En ese orden de ideas, tampoco se entiende si la redacción del inciso 1) del artículo 63° del Proyecto está dirigido o condicionado a las circunstancias atenuantes privilegias como afirma el profesor PRADO SALDARRIAGA, pues dichas circunstancias como vimos de la redacción de los artículos precedentes ya tienen una proporción de rebaja específica ante su concomitancia, y si estarían dirigidas a éstas, bajo el principio *favor rei*, siempre se aplicaría el artículo 63° en el que la reducción

es en una mitad por debajo del mínimo legal; o, si están dirigidas a la valoración de las circunstancias atenuantes genéricas o comunes en semejanza con el artículo 66° del Código Penal español, en el que una circunstancia ordinaria puede ser considerada como una atenuante muy cualificada, cuando ésta provoque un influjo al agente superior al normal, en este supuesto el juez tendrá la facultad de rebajar la pena por debajo del límite inferior legal, en mayor proporción.

4.4.2. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2016 POR LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, el proyectó un Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 163/2011-CR y otros, para la dación de la Ley del Nuevo Código Penal, ésta fue presentada al Congreso con fecha 04 de marzo de 2016.

En relación al proceso de determinación judicial de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, éste no cambió el contenido *—aunque con una mejor redacción—* de los artículos referente al Sistema de Tercios para la Individualización de la Pena (artículo 51° del Proyecto), ni el contenido de los artículos sobre la responsabilidad restringida por edad (artículo 12°), error de prohibición vencible (artículo 16°), error de prohibición culturalmente condicionado vencible (artículo 17°), tentativa (artículo 18°), eximentes imperfectas (artículo 23°), en parangón con el Proyecto de Código Penal del 2014-2015. En relación a la complicidad secundaria, si bien no fue calificado como circunstancia atenuante privilegiada se desemeja a su predecesor, este Proyecto si le consignó una rebaja de un tercio por debajo del mínimo legal. Estos artículos pertenecen al Título I Bases de la Punibilidad de la Sección II Hecho Punible:

“Artículo 27°: Complicidad.

(...)

Los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia a la realización del hecho punible se les puede disminuir prudencialmente la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal”.

Por su parte, el artículo 65° del Proyecto fue dedicado exclusivamente al efecto jurídico de las circunstancias atenuantes privilegiadas, el dispositivo fue redactado de la siguiente manera:

“Artículo 65°: Circunstancia atenuante privilegiada por mínima afectación del bien jurídico protegido. El juez puede atenuar prudencialmente la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal cuando la afectación producida al bien jurídico por el delito cometido sea mínima”.

Si bien, este artículo reitera la calificación y los efectos jurídicos del error de prohibición culturalmente condicionado vencible, tentativa y eximentes imperfectas; y por otro lado, se aparifica con los efectos del error de prohibición vencible y complicidad secundaria; parece entenderse que se describe un prototipo de situación diferente a las anteriormente acotadas y que según la mínima afectación al bien jurídico, puede considerarse discrecionalmente como una circunstancia atenuante privilegiada; es decir, que incluso el mínimo legal que identifica el límite inferior de la punibilidad que fija la ley para un delito perfectamente realizado –*consumado*– por su autor, puede según la valoración subjetiva de una afectación irrisoria del bien jurídico, rebajarse un tercio por debajo del mínimo legal, a mi entender, ésta cláusula resulta discutible por resultar ambigua la expresión “cuando la afectación al bien jurídico (...) sea mínima”.

4.4.3. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2016 POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia publicó con fecha 24 de mayo de 2017, el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los proyectos de Ley N° 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo de 2016, con motivo de mejorar y recopilar aportes de la comunidad jurídica.

A pesar de que su primera fuente sea su predecesora, el Proyecto de 2016 elaborada por la Comisión de Justicia del Congreso, éste nuevo Proyecto tuvo el acierto de seguir regulando el proceso de determinación de la pena ante los supuestos de concurrencia

de atenuantes privilegiadas en el artículo 49^{o76}, la pena concreta ha de determinarse por debajo del tercio inferior; sin embargo, suprimió del texto de los artículos de la responsabilidad restringida por edad (artículo 11^o), error de prohibición vencible (artículo 15^o), error de comprensión culturalmente condicionado vencible (artículo 16^o), tentativa (artículo 17^o), eximentes imperfectas (artículo 22^o) y complicidad secundaria (artículo 26^o), la naturaleza jurídica de circunstancias atenuantes privilegiadas, limitándose a otorgarles una reducción de un tercio por debajo del mínimo legal y una reducción prudencial de la pena en el caso de la responsabilidad restringida por edad. Estos artículos se ubican en el Título I Bases de la Punibilidad de la Sección II sobre Delitos y Faltas del Proyecto:

“Artículo 11^o: Responsabilidad restringida por la edad.

El juez puede reducir prudencialmente la pena, cuando el agente tuvo más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de la comisión del hecho punible

(...)

Artículo 15^o: Error de tipo y error de prohibición.

(...)

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad. El juez reduce la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido cuando el error de prohibición es vencible.

Artículo 16^o: Error de comprensión culturalmente condicionado.

⁷⁶ Proyecto de Código Penal 2016 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Artículo 49^o: Sistema de tercios para la individualización de la pena. El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: (...) c. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: 1. Tratándose de circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior. 2. Tratándose de circunstancias agravantes cualificadas, la pena concreta se determina por encima del tercio superior. 3. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

El que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión está exento de responsabilidad penal.

Cuando la posibilidad descrita en el párrafo anterior se encuentre disminuida, el juez reduce la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido.

Artículo 17°: Tentativa.

17.1 En la tentativa, el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo.

17.2 El Juez reprimirá la tentativa, reduciendo la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible que hubiere decidido cometer.

Artículo 22°: Eximentes imperfectas.

En los casos del artículo 19, ante la inconcurrencia de alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez reduce la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible.

Artículo 26°: Complicidad.

(...)

El que, de cualquier otro modo, hubiera dolosamente prestado asistencia a la realización del hecho punible se le disminuye prudencialmente la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal”.

Por otra parte, el artículo 51° también dedicó los efectos de aquellas circunstancias atenuantes privilegiadas que, aparentemente, puedan ser calificadas como tal cuando la afectación del bien jurídico sea leve, dejando abierto los cuestionamientos ya planteados en los Proyectos y Anteproyectos analizados *supra*.

“Artículo 51°: Circunstancia atenuante privilegiada.

La pena se atenuará hasta en un tercio por debajo del mínimo legal cuando la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve”.

4.4.4. PRINCIPALES CODIFICACIONES EN EL DERECHO PENAL COMPARADO Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PRIVILEGIADA

El proceso de determinación judicial de la pena en la legislación comparada es grandemente estudiado, y existen dos posiciones claramente asumidas. Legislaciones como la española, argentina y chilena aceptan la existencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y ambas le dan la misma hermenéutica y eficacia operativa. Por otro lado, legislaciones como la alemana y colombiana, no usan el término de circunstancias atenuantes privilegias, sino la de causas de disminución de la punibilidad; no obstante, existe aún debate en ambas doctrinas sobre el proceso operativo que se asemeja al que Perú enfrenta sobre el momento de su valoración y si éstos generan nuevos marcos punitivos o si éstos influyen en la reducción de la pena exacta.

Lo cierto es, que todas estas codificaciones regulan ciertos factores o las que hagan sus veces, como el error de prohibición vencible, error de prohibición culturalmente condicionado vencible, eximentes imperfectas, tentativa, responsabilidad penal por edad y la complicidad secundaria, ciertamente atribuyéndole los efectos de atenuantes extraordinarias; empero, también como atenuantes ordinarias o simplemente como en el caso de la responsabilidad restringida por edad en el derecho penal alemán, no es tomada en cuenta.

En el presente epígrafe contiene el proceso de determinación judicial de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o las que hagan sus veces, así como la proporción por debajo del mínimo que ha de reducirse ante su concomitancia, de los principales e influyentes sistemas jurídicos.

4.4.5. CÓDIGO PENAL DE ALEMANIA

El Código Penal Alemán de 1871 (en alemán Strafgesetzbuch StGB), como habíamos abordado *supra* respecto del debate dogmático de la existencia de circunstancias que regularían el injusto o la culpabilidad, esta doctrina la rechaza, siendo su principal fundamento, como ha sido explicado por el profesor CLAUS ROXIN que “tales elementos no pueden pertenecer al injusto o la culpabilidad. (...)”

Las circunstancias han de añadirse a la acción que realiza el injusto responsable para que se genere punibilidad” (Roxin C., 1997, p. 970).

El proceso de determinación de la pena en el derecho penal alemán, inicia con la ubicación del marco punitivo o marco concreto con un mínimo y un máximo legal establecido en el texto del delito. Una vez determinado el marco punitivo, “la ley señala (...) en los §§ 46-55 sólo algunas pautas generales y reglas de aplicación para determinar casos concretos” (Jescheck H. & Weigend T., 2002, p. 938).

Empero, respecto de la proporción que se ha de disminuir la pena cuando concurren causas de atenuación de la pena y en la que éstas se remitan al § 49, existen dos modelos o efectos a producirse que pertenecen al acápite I y II correspondientemente:

“[E]n el *apartado primero* el marco punitivo del tipo correspondiente se reduce de forma exacta y, en concreto (en la medida en que existan), tanto el límite superior como el inferior. Por el contrario, en el *apartado segundo* está abierta la posibilidad de disminuir el marco punitivo hasta el límite legal mínimo; asimismo, aunque el tipo conmine únicamente con una pena de prisión, puede ser impuesta en su lugar una pena de multa” (Jescheck H. & Weigend T., 2002, p. 969).

En ese entendido, el § 49 en el StGB fue redactado de la siguiente manera:

“Especiales fundamentos legales atenuantes

§ 49 I. Cuando de acuerdo a este precepto se prescriba o se admita una atenuante de la pena se deberá considerar lo siguiente respecto a ésta:

1. No se podrán sustituir penas de privación perpetua de libertad por penas inferiores a tres años.
2. En el caso de penas privativas de libertad temporales podrán ser reconocidos, como máxima atenuación, tres cuartos del máximo imponible. En el caso de multa se observará lo mismo para el número máximo de los días-multa.
3. El límite inferior elevado de una pena privativa de libertad se moderará en el caso de un mínimo de diez o cinco años, a dos años,

en el caso de un mínimo de tres o dos años, a seis meses,

en el caso de un mínimo de un año, a tres meses,

en los demás casos, al mínimo legal.

II. Cuando el tribunal, de acuerdo a una ley que se remita a este precepto, puede atenuar la pena, se podrá rebajar la pena hasta el límite inferior legal de la pena impuesta o, en su lugar, sustituir la pena privativa de libertad por una multa”.

Tal como se advierte de apartado I del § 49, existirán determinadas eximentes que serán remitidas a su texto y que tendrán los mismos efectos según sea la extensión de la pena en el delito que se presente en el caso concreto. El inciso 3. describe la moderación que se debe realizar según la cantidad de la pena. Con un mayor orden y sin complejidades, las llamadas causales de disminución de la punibilidad que a su vez se remiten al § 49, son las siguientes:

“Error insuperable

§ 17 Si al autor le falta, durante la comisión del hecho, la intención de cometer injusticia, actuará sin culpa cuando no pudiese evitar ese error. Si pudiese evitar el error, la pena podrá ser atenuada según el § 49, apartado I.

Culpabilidad atenuada

§ 21 Si la capacidad del autor para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención en el momento de comisión del hecho, por razones señaladas en el § 20, se ve notablemente reducida, la pena podrá atenuarse de acuerdo al § 49, apartado I.

Culpabilidad de la tentativa

§ 23 I. La tentativa de un criminal será siempre punible. La tentativa de una falta será punible sólo cuando la ley lo determine así expresamente.

II. La tentativa podrá ser penada de forma más atenuada que la consumación (§ 49, apartado I).

III. Cuando el autor, por incomprensión básica, haya ignorado que la tentativa, por el tipo de objeto o de los medios que debían emplearse para realizar el delito, no puede llegar a la realización de este, el tribunal podrá prescindir de aplicar la pena o atenuarla según su justo parecer (§ 49, apartado II).

Cooperación

§ 27 I. Incurrirá en pena como cooperador el que, de forma voluntaria, procure ayuda a otro para la realización de hecho ilegal premeditado.

II. La pena para el cooperador se regirá por la correspondiente al autor. Se atenuará de acuerdo a lo dispuesto en el § 49, apartado I.

Tentativa en la participación

§ 30 I. Quien intente convencer a otro de cometer un delito o lo induzca a ello incurrirá en las penas prescritas para la tentativa del delito. Sin embargo la pena se atenuará de acuerdo al § 49, apartado I. También procederá el § 23, apartado III.

II. Del mismo modo incurrirá en pena quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien acuerde con otro cometer un delito o inducir a él.

Estado de necesidad eximente

§ 35 I. Quien en un caso de peligro presente, y no otro, para la vida, el cuerpo o la libertad incurra en un tipo penal para alejar el peligro de sí, de un familiar o de otra persona próxima a él, actuará sin culpa. Esto no será así en la medida en que el autor pueda ser forzado a aceptar el peligro, de acuerdo a las circunstancias, en particular porque él mismo causó el peligro o porque se encontraba en una posición legal especial (de su oficio). Sin embargo, se podrá atenuar la pena de acuerdo al § 49, apartado I si el autor no había aceptado el peligro teniendo en cuenta una situación legal especial.

II. Cuando el autor, durante la comisión del hecho, asuma erróneamente circunstancias que de acuerdo al apartado I le inculpen, sólo incurrirá en pena si pudo evitar el error. La pena se podrá atenuar de acuerdo al § 49, apartado I”.

A diferencia de otras legislaciones, en el derecho penal germano además de establecer la reducción de la pena ante la concurrencia de las causales de disminución de la punibilidad: error de prohibición, eximentes imperfectas, tentativa, complicidad secundaria, regulado en el apartado I del § 49; en el apartado II, se observa la posibilidad de disminuir el marco punitivo hasta el límite legal mínimo e incluso que se conmine una pena multa cuando la ley incoa una de pena privativa de libertad irrisoria. Este supuesto se presenta cuando el caso sea como califica JESCHECK y WEIGEND “menos grave” (Jescheck H. & Weigend T., 2002, p. 970), lo que ha sido cuestionado por la doctrina alemana, pues “surgen marcos punitivos excesivamente amplios, debido a que la atenuación de la pena es facultativa y a que el límite superior del marco punitivo legal permanece intacto de acuerdo con el tenor libertad de la disposición” (Jescheck H. & Weigend T., 2002, p. 969), calificación y consecuencia jurídica que queda en manos del juez y su valoración discrecional.

El apartado II del § 49 y el § 50 del StGB, parece haber sido el modelo que los precursores de los Proyectos de Código Penal peruanos de 2014-2015 por el Congreso de la República y 2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, incluyeron en los artículos 63°, 65° y 51° respectivamente; sin embargo, de la exposición de motivos dichos dispositivos no ha sido fundamentada su utilidad. En el derecho penal alemán se sigue cuestionando “la concesión al tribunal de un margen tan ilimitado de decisión sea compatible con el mandato de certeza” (Jescheck H. & Weigend T., 2002), pues el margen mínimo siempre sería la mínima penalidad de todos los tipos de pena.

“Concurrencia de causas atenuantes

§ 50 Una circunstancia que sola o con otras circunstancias fundamente la aceptación de una menor gravedad del caso y, al mismo tiempo, sea una de las causas atenuantes especiales del § 49, podrá ser tomada sólo una vez en consideración”.

4.4.6. CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA

El Código Penal español de 1995, a diferencia de la alemana dedica un mayor número de dispositivos que regulan la determinación judicial de la pena en casos de concomitancia de “circunstancias atenuantes privilegiadas”. Recordemos, que según su doctrina se les llama circunstancias atenuantes privilegiadas a aquellas que tienen una mayor eficacia atenuatoria o degradatoria en parangón con las demás

circunstancias modificativas de la responsabilidad; asimismo a diferencia de las circunstancias atenuantes muy cualificadas⁷⁷, las primeras tienen origen legal mientras que las segundas tienen origen judicial o discrecional –*ver supra*–.

Dos fases son las que caracterizan –*de manera general*– al proceso de determinación judicial de la pena en el derecho penal hispánico: la primera la identificación del marco abstracto o general que es aquella “cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario para atribuir a la comisión de la conducta descrita” (Demetrio E., 1991, p. 270), y la determinación del marco concreto resultante de la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad contenidas en el catálogo del artículo 66°.

Sin embargo, su sistema de grados innovado en su codificación permite establecer con mayor facilidad la penalidad ante la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, el artículo 70° lo detalla con simpleza pero con precisión de la siguiente manera:

“Artículo 70°:

1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

(...)

2) La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

(...)

4. La pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años”.

⁷⁷ Código Penal Español de 1995. “Artículo 66°.2: Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurre agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida en la ley, ateniendo el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.

Asimismo, el Código hispánico determina que para aquellos casos en donde la pena privativa de libertad resulte irrisoria; es decir, en menos de tres meses de pena privativa de libertad, ésta pueda ser sustituida por otras penas menos lesivas pero tanto más eficaces, como los trabajos comunitarios.

“Artículo 71°:

En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente.

No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente”.

Ahora bien, los artículos reguladores del error de prohibición vencible y la tentativa, establecen que al autor se le “castiga con una pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito consumado, “en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento o al grado de ejecución alcanzado”” (Demetrio E., 1991, p. 727), siendo obligatoria la reducción del primer grado y facultativa la de dos grados (la reducción en dos grados se calcula del grado resultante de la división en dos grados del primer grado reducido obligatoriamente); y la complicidad secundaria, establece la reducción de sólo un grado.

“Artículo 14°:

(...)

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

Artículo 62°:

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

Artículo 63°:

A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”.

Por otro lado, las eximentes imperfectas, a pesar de encontrarse reguladas en el artículo dedicado a las atenuantes genéricas de responsabilidad penal en el artículo 21°, el artículo 68° del mismo cuerpo legal establece sus efectos privilegiados en parangón con las demás circunstancias reguladas en el catálogo del 21°. Sus efectos son aparificables con los del error de prohibición vencible y la tentativa; es decir, le otorga la virtualidad de degradar la pena en uno (imperativa) o dos grados (facultativa). Las eximentes imperfectas se darán cuando faltase algún requisito para eximir de la responsabilidad por encontrarse por anomalía o alteración psíquica, por intoxicación plena, por sufrir la percepción del conocimiento, en legítima defensa, en estado de necesidad justificante, por miedo insuperable o en cumplimiento legítimo de un deber (artículo 20°).

“De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal

Artículo 21°:

Son circunstancias atenuantes:

1. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

(...)

Artículo 68°:

En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las

circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

Por último, con respecto a responsabilidad restringida por edad, el artículo 69° del Código Penal español, limita los efectos para aquellos artículos de la Parte Especial que específicamente establezcan algún tipo de beneficio para aquellos mayores de dieciocho años y menores de veintiuno.

“**Artículo 69°:** Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”.

4.4.7. CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

El Código Penal Colombiano – Ley N° 599 de 2000, llama a las circunstancias que modifican los extremos punitivos legales del tipo penal contenidas en la Parte General de su codificación como “fundamentos reales genéricos de punibilidad” (Sataty N., 2015, p. 24). Asimismo las define como aquellas,

“[cuyos] extremos mínimo y máximo legales se pueden alterar y crear entonces un nuevo marco punitivo en virtud de las especiales circunstancias que influyen en la responsabilidad a través de los denominados dispositivos amplificadores del tipo penal y otros institutos como la tentativa (artículo 27 CP), (...), la complicidad (artículo 30 CP), (...), la marginalidad, ignorancia y pobreza extremas (artículo 56 CP), el exceso en los límites de las causales de ausencia de responsabilidad (artículo 32.7 CP)” (Sataty N., 2015).

En el derecho penal colombiano, la determinación de la extensión de la pena está en función al estudio de la punibilidad. Conciliamos con la opinión de que su proceso de determinación es complejo; por tal motivo, de manera general explica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ que,

“primero, el procedimiento para determinar el marco penal aplicable tanto en la Parte Especial como en la General de que habla el art. 60; segundo, el rito para determinar el marco penal aplicable en las circunstancias de los arts. 55 y 58, al que alude el artículo 61, incs 1° y 2°; tercero, la fórmula para individualizar la pena en

concreto, que sigue los derroteros de los incs. 3° y 4° del 61; y por último, en cuarto lugar, el escalón que involucra las rebajas sobre la pena final la ley procesal penal” (Velásquez F., 2009, 1092).

No conciben a dichas “circunstancias” –*a pesar de llamarlas así*– como atenuantes privilegiadas, y por el contrario son definidas como causales de disminución de la punibilidad, que reducen la pena en determinadas proporciones. No existe, por tanto, un artículo específico que conceptualice ni regule el proceso de determinación de la pena para circunstancias atenuantes privilegiadas; empero, si se encuentran reguladas en el Capítulo Uno Conducta Punible y Capítulo Segundo Criterios y Reglas para la Determinación de la Punibilidad del Título sobre la Conducta punible, el *quantum* deberá ser modificado de presentarse la tentativa, complicidad secundaria, eximentes imperfectas, error de prohibición vencible y error de comprensión culturalmente condicionado vencible.

“Artículo 27°: Tentativa.

El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

Artículo 30°: Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

(...) Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.
(...)

Artículo 32°: Ausencia de responsabilidad.

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...)

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3 [obre en cumplimiento de un deber], 4 [en cumplimiento de orden legítima de autoridad], 5 [obre en legítimo derecho, actividad lícita o cargo público], 6 [en legítima defensa] y 7 [en estado de necesidad justificante] precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. (...).

Artículo 56°: Condiciones de extrema marginalidad o pobreza.

El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”.

Es de tener en cuenta, que los márgenes que establece la consecuencia jurídica ante la concomitancia de estos factores, modificarán el extremo mínimo y también el extremo máximo, salvo el error de prohibición vencible en el que sólo se verá afectado el extremo mínimo, y quedando a salvo el anterior máximo establecido en la ley para el delito.

4.4.8. CÓDIGO PENAL DE ARGENTINA

El Código Penal argentino – Ley N° 11179 de 1924, establece en el artículo 40° que las penas son divisibles en tiempo y cantidad. De corte ecléctico o relativamente determinado, las penas especificadas en los artículos de la Parte Especial de la codificación, tienen un margen mínimo y un margen máximo en el que el juez puede determinar la pena concreta según la valoración de circunstancias atenuantes o agravantes contenidas en el artículo 41°.

En esta codificación no existen las llamadas circunstancias atenuantes privilegiadas; empero, respecto al *quantum* de la pena que puede establecerse por debajo del mínimo legal, el Código argentino regula la reducción de la tentativa en el Título VI y la complicidad secundaria en el Título VII reduciendo un porcentaje:

“Artículo 44°:

La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirla al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.”

Según doctrina argentina, la graduación de la pena según la divisibilidad de las mismas demuestran “la ventaja de permitir al juzgador una individualización de la sanción acorde con el grado de reproche que merezca el autor” (D’Alessio A. & Divito M., 2005, p. 47). A diferencia del Código Penal peruano sobre la omisión legislativa sobre si se diera en un caso en concreto la concurrencia de una atenuante privilegiada cuando la pena a imponerse es de cadena perpetua –y que encontró solución a través de Pleno Jurisdiccional del Santa de 2016–, el Código Penal argentino ya lo había establecido en su segundo párrafo del artículo 44°. Así también fue regulado por el artículo 46° en los supuestos de cooperación o complicidad secundaria.

“Artículo 46°: Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere reclusión perpetua, se aplicará la reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años”.

Los límites establecidos en cada supuesto generan nuevo marcos punitivos o marcos concretos, tanto el límite mínimo como máximo, y será dentro de éste que a través de la valoración de las circunstancias contenidas en el artículo 40° y 41° que se

individualizarán la pena concreta, esta es una de las posturas más afianzadas en el dogmática argentina, “la redacción no es del todo clara y ha generado diferentes criterios de interpretación” (D’Alessio A. & Divito M., 2005, p. 482); es decir, la reducción puede realizarse sobre el marco abstracto de la pena o incidirá en la pena concreta que le hubiese correspondido si hubiera consumado el delito. Por otro lado, un sector de la doctrina también sostiene que “los mínimos legales tienen un carácter meramente indicativo y que en los casos concretos en los que la aplicación de una pena se torne irracional por resultar elevada, esos límites previstos en la ley deben ceder” (D’Alessio A. & Divito M., 2005, p. 47); sin embargo, aún su legislación considera útil establecer marcos para equilibrar la discrecionalidad judicial.

4.4.9. CÓDIGO PENAL DE CHILE

El profesor JAIME COUSO, explica que “las reglas de determinación de pena vigentes en Chile son consideradas como un modelo o sistema de determinación legal relativa de penas” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 225); en ese sentido, como la mayoría de legislaciones penales de Iberoamérica, el delito establece marcos penales con límites mínimos y máximos; a su vez, el marco concreto “sólo puede modificarse “subiendo” o “bajando” por las “escalas graduales” establecidas por el CP” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015), atendiendo a las reglas de la Parte General; es decir, las circunstancias atenuantes y agravantes “genéricas” que se encuentran regladas en los artículos 11° y 12°.

Así también, las penas son divisibles en grados y escalas; y para regularse en un determinado caso en concreto la pena exacta, debe seguirse las reglas contenidas desde el artículo 56° al 78°. Al igual que el derecho penal español *–fundamentos dogmáticos en la determinación de la pena a partir de la teoría del delito, pues aceptan la posibilidad de graduar el injusto y la culpabilidad–*, el derecho penal chileno regula las circunstancias privilegiadas y cualificadas, en el que su concurrencia genera que “la pena se aumentará o rebajará en un determinado número de grados si se da la circunstancia que las convierte como tales” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015); empero, aún es debatible en su doctrina el procedimiento y momento en que éstas deben de aplicarse en el proceso de determinación de la pena, debate que se aparifica con el de la doctrina peruana sobre los efectos operativos de

las circunstancias atenuantes privilegiadas y causales de disminución de la punibilidad. En ese sentido, JAIME COUSO explica que

“si se trata de auténticas figuras cualificadas o privilegiadas, entonces es debe entender que “la pena señalada por ley” es la que resulta de la aplicación de la rebaja o aumento respectivo, de modo que todas las reglas de determinación que establecen su efecto a partir de “la pena señalada por ley” deben operar necesariamente después de aquella rebaja o aquel aumento” (Prado V., Demetrio E., Velásquez F., Van Wezel A. & Couso J., 2015, p. 235).

Los artículos relacionados con esta operación y a las que se les ha calificado como privilegiadas son a las eximentes imperfectas, aunque el artículo 11° inicialmente las califica como circunstancias atenuantes genéricas; empero, cuando nos remitimos al artículo 73° se les da una operatividad distinta; es decir, como apunta ETCHEBERRY (1997), “se tratan de figuras cualificadas o privilegiadas cuando las circunstancias “afectan la penalidad misma asignada al delito” y no “a la que en concreto va a corresponder al delincuente”” (p. 174):

“De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal

Art. 11°: Son circunstancias atenuantes:

1a. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

(...)

Art. 73°: Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurren”.

Esta misma eficacia degradatoria sobre el marco concreto de la pena establecida en el delito, la tiene la tentativa y la complicidad secundaria. Sin embargo, a diferencia de la legislación española que la degradación se hace dependiendo de la división del

grado anterior, en el derecho penal chileno el procedimiento es mucho más simple, pues siempre se realizará la división en tres grados por debajo del mínimo legal, los que serán finalmente los grados o marco concreto según la valoración de las reglas contenidos en el catálogo del artículo 59°:

“Art. 51°: A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.

Art. 52°: A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.

(...)

Art. 53°: A los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y a los encubridores de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.

Art. 54°: A los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, se impondrá la pena inferior en cuatro grados a la señalada para el crimen o simple delito”.

Para llegar a la pena concreta, el juez ha de tener en cuenta si la pena es simple, es decir, resultante de la reducción de un solo grado; o, compuesta, dicho de otro modo, la pena resulta de la reducción de dos o más grados, estas reglas se encuentran prescritas en el artículo 68° del Código Penal chileno.

4.5. CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PRIVILEGIADA

En el presente epígrafe, se abordará los criterios contenidos en las principales ejecutorias y sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema en los últimos años sobre la determinación de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas. Para efectos de una mayor comprensión sobre la vinculación de estas sentencias a las decisiones de todos los jueces del país, debe tenerse en cuenta que únicamente, según lo dispuesto por el artículo 433° apartado 3) del Código Procesal

Penal, será el Pleno Casatorio Penal el órgano fuente creadora de “doctrina jurisprudencial vinculante” cuando se alcance la mayoría o unanimidad por la votación de todos los integrantes de las Salas Supremas.

Posteriormente se hará alusión a los Plenos Jurisdiccionales o Acuerdos Plenarios emitidos en virtud del texto del artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por las Salas Especializadas que al reunirse en plenos jurisdiccionales, regionales o distritales concuerdan jurisprudencia de su especialidad; es decir, que “(...) se trata de interpretaciones que procuran persuadir sobre cómo debe resolverse un determinado caso, resulta importante que los operadores jurídicos tengan en cuenta los criterios que apareja un acuerdo plenario para la decisión de un conflicto” (Titto Y., 2011, p. 43).

4.5.1. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias Casatorias y sentencias recaídas en Recursos de Nulidades que se analizarán, serán aquellas cuyos hechos materia de acusación tuvieron lugar después de la dación de la Ley N° 30076.

4.5.1.1. Casación N° 436-2016/SAN MARTÍN

Emitida el 28 de junio de 2017 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, integrada por los jueces supremos Pariona Pastrana (ponente), Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas y Chávez Mella.

Resumidamente, los hechos materia de acusación tuvieron lugar el 10 de octubre de 2013, en el que el acusado de iniciales V.P.S. de diecinueve años y siete meses de edad y la menor de iniciales A.M.S.M. de catorce años, mantuvieron “relaciones sexuales” (imputación que se lee del Fundamento Primero) en el poblado de Villa Prado, Juanjí, Mariscal Cáceres, región San Martín. La sentencia de primera instancia falla en declarar a V.P.S.⁷⁸ como autor del delito de violación sexual de menor de catorce años (artículo 173°. 2. Si la víctima tiene entre diez años y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años), imponiéndole diez años de pena privativa de libertad, en atención de que en el caso concreto concurre un

⁷⁸ Para efecto del análisis de las Ejecutorias Supremas, únicamente se utilizarán las iniciales de los nombres de los agraviados, e incluso de los imputados mayores de edad, para salvaguardar sus identidades; toda vez, que la identificación de las partes en las sentencias interpretadas no están relacionadas con el fin de la presente investigación. Así también, el análisis de las sentencias recaerán sobre el *quantum* de la pena, más no sobre la reparación civil; por lo que, este extremo será obviado.

error de prohibición vencible. En segunda instancia, la Sala confirma todos los extremos de la apelada, aceptando la existencia de un error de prohibición vencible; no obstante, respecto al *quantum* de la pena “la considera drásticamente disminuida, sin embargo, respeto al principio de prohibición de reforma en peor, confirmó la pena impuesta al procesado” (Fundamento Tercero de la Sentencia Casatoria). Ante ello, el procesado interpone recurso de Casación, la misma que fue admitida bajo la causal 3. del artículo 420° del CPP, por la falta de aplicación del artículo 22° del CP. Sobre la aplicación del citado artículo, la Sala se pronuncia interesantemente en dos de sus fundamentos:

“Sexto: El citado artículo regula un supuesto de atenuante privilegiada –al igual que la omisión impropia (Art. 13°); error de tipo y prohibición (Art. 14°); la tentativa (Art. 16°); las eximentes de responsabilidad incompletas (Art. 21°), entre otras– en virtud del cual el juzgado está facultado a imponer una pena por debajo del mínimo legal. (...).

Octavo. (...). En ese sentido, si bien el artículo 22° del Código Penal no es una obligación que se imponga al juez, sino una facultad según considere en el caso concreto, su aplicación o no debe encontrarse motivada en aquellos casos donde el infractor de la norma penal tenga entre 18 y 21 años de edad. Es decir, no puede omitirse su aplicación sin una motivación previa”.

Es sobre estos dos fundamentos que se evidencia las dos posiciones claramente asumidas por –*en ese momento*– la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Considerar circunstancias atenuantes privilegiadas a un catálogo de factores contenidos en el Fundamento Sexto, en el que únicamente se alude a su naturaleza más no a su operatividad; y, sobre la “facultad” y “no obligación” del juzgador en reducir prudencialmente la pena cuando nos encontramos ante casos con responsabilidad restringida por edad (art. 22°). Ésta última postura se contradice con la asumida por la Casación 997-2017/AREQUIPA, en su Fundamento Octavo, la misma que será descrita *infra*.

Por último, el recurso de Casación también fue admitida bajo la causal 3. del artículo 429° del CPP, por la errónea aplicación del artículo 14° del CP. En este sentido, sin intención de ahondar en los fundamentos dogmáticos de la figura de error

de tipo y error de prohibición, la Corte Suprema concluyó que ambas instancias no habían realizado un análisis sobre el fondo del caso en concreto y habían descartado el error de tipo, lo que para la Sala Suprema era la figura que se presentaba en el caso *sub iudice*; ello así, concluyó que sí en un delito de violación sexual en el que su regulación siempre será a título de dolo, la comisión culposa deviene en atípica. Por esta última causal, casaron la resolución y declararon absuelto al procesado V.P.S.

4.5.1.2. Casación N° 626-2013/MOQUEGUA

Fue expedida con fecha 30 de junio de 2015 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Sala presidida por el juez supremo Neyra Flores e integrada por los jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Loli Bonilla.

Debemos limitarnos a señalar, que este recurso de Casación fue admitido con motivo de establecer doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos de la medida de prisión preventiva.

Los Fundamentos Trigésimo, Trigésimo Primero, y Trigésimo Segundo, fueron dedicados al estudio del presupuesto de la prognosis de pena; en ese sentido explican que la acotada prognosis implica realizar un análisis sobre la posible pena a imponer, que será graduada según los principios de lesividad y proporcionalidad, así como las circunstancias, causales de disminución o agravación de la punibilidad y bonificaciones procesales o derechos premiales. El Fundamento Trigésimo Primero, declara la posición tomada por la Sala sobre admitir a las “causales de disminución de la punibilidad” y en *contrario sensu* negar el *nomen iuris* de circunstancias atenuantes privilegiadas a los siguientes factores:

“**Trigésimo primero.** El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancias generales atenuantes y agravantes, (...) b) Causales de disminución o agravación de la punibilidad, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de

eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos (...).”.

En la parte resolutive, la Casación ordena establecer como “doctrina jurisprudencial vinculante” el sentido de varios fundamos, entre ellos, al Fundamento Trigésimo Primero de la ejecutoria.

4.5.1.3. Casación N° 997-2017/AREQUIPA

El 10 de mayo de 2018, fue emitida la abordada sentencia Casatoria por los jueces supremos San Martín Castro (presidente), Prado Saldarriaga, Neyra Flores, Príncipe Trujillo y Sequeiros Vargas, integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Se establecieron como hechos probados *—abreviadamente—* que el 28 de noviembre de 2015, la menor de diecisiete años de edad de iniciales Y.P.M.G. luego de libar licor con su prima y dos amigas hasta pasadas las primeras horas del día 29 de noviembre de 2015 y luego de que sus dos amigas se fueran, deambulando por las calles del centro de Mollendo junto a su prima, se encontraron con cinco amigos con quienes accedieron a beber licor en una camioneta roja que conducía el procesado de iniciales J.G.O.C. Luego de que J.G.O.C. propusiera dar paseos por las playas de Mollendo y que todos sus amigos se fueran del lugar, el acusado apartó de la tercera playa a la menor Y.P.M.G., llevándola en la camioneta por una trocha carrozable cerca de unos matorrales, donde la redujo dándole golpes en el rostro y en el pecho para poder bajarle el pantalón y su prenda íntima, ante la resistencia de la menor, el acusado golpeó en la cabeza de ésta con una piedra lo que provocó una fractura temporo occipital del lado derecho del cráneo que le causó la muerte instantánea. Posteriormente J.G.O.C. dejó el cadáver de la menor en la tercera playa, la misma que fue encontrada por efectivos policiales el 31 de diciembre de 2015.

La sentencia de vista confirmó el fallo de primera instancia que declaró a J.G.O.C. como autor por el delito de feminicidio (artículo 108°-B.2. Sera reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años al que mata a una mujer por

su condición de tal, en cuando quiera de los siguientes contextos: 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual) en agravio de la menor de iniciales Y.P.M.G. y lo condenó a quince años de pena privativa de libertad.

Entre las causales alegadas por la defensa del procesado, solicitó casar la resolución por la errónea interpretación del 21°.1), pues el procesado se encontraba en el momento de los hechos bajo los efectos del alcohol, ante este extremo en segunda instancia se señaló que tal reducción por debajo del mínimo legal establecida para los efectos de las eximentes imperfectas, es facultativa, además que en el presente caso “se determinó la capacidad de discernimiento del imputado al conducir un vehículo sin colisionar” (Fundamento Tercero). Contraviniendo el Primer Fundamento, y eso es lo que se quiere resaltar, el Tribunal Supremo, advierte que:

“**Octavo.** Que (...) cuando se está ante una causal de disminución de la punibilidad en los artículos 21 y 22 del Código Penal –son eximentes imperfectos–, por su propia función, la disminución debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o a su autor. No puede interpretarse el “puede” del precepto como una regla facultativa para el juez, sino un mensaje a él que si se presenta tal situación debe hacerlo en ámbito discrecional que puede determinarlo en clave de proporcionalidad” (Fundamento octavo de la sentencia Casatoria).

La Sala Suprema en esta Casación, considera a las eximentes imperfectas como causales de disminución de la punibilidad y le da un determinado efecto operativo a diferencia de las dos Casaciones precedentes; asimismo, como se adelantó *supra* dicho Fundamento dista con el Fundamento Octavo de la Casación N° 436-2016/SAN MARTÍN, sobre la disminución facultativa u obligatoria cuando concurra una eximente imperfecta en el caso concreto. Cabe añadir, que dicha sentencia declaró infundado el recurso de Casación, pues a consideración de la Sala Suprema Permanente, la eximente imperfecta por embriaguez está reservada para aquellos casos de perturbaciones profundas pero sin llegar a la anulación total de la consciencia, situación que no ha sido probado o ésta no se infiere del *factum* de la sentencia.

4.5.1.4. Casación N° 1083-2017/AREQUIPA

La Sala Penal Permanente expidió dicha sentencia de Casación con fecha 14 de agosto de 2018, actuó como ponente de la Sala Suprema el juez Sequeiros Vargas y como integrantes los jueces supremos San Martín Castro, Príncipe Trujillo, Neyra Flores y Chávez Mella.

Lacónicamente podría explicarse que los hechos tuvieron lugar en el año 2013 y el 29 de mayo de 2016. En la primera fecha el tío materno E.C.C.P. de la menor de iniciales J.J.S.A. le efectuó tocamientos en sus pechos y vagina por debajo de la ropa en el domicilio de la menor y cuando ésta tenía nueve años de edad. En la segunda fecha, cuando la menor tenía doce años de edad, en horas de la noche el acusado acudió a su domicilio, encontrándose sin la compañía de su madre, éste la empujó a la cama, le tapó la boca y le introdujo el pene dentro de la vagina de la agraviada a pesar de su resistencia, momento que ingresó a la habitación el menor de iniciales G.C.A. quien indicó que vio a su primo abriéndole las piernas a la menor agraviada y con el antebrazo tapándole la boca, siendo que el procesado cuando se dio cuenta de su presencia se paró de inmediato con la correa suelta y el pantalón abierto.

La sentencia de primera instancia condenó al procesado por los delitos de actos contra el pudor y violación sexual de menor de catorce años, dictándole treinta años de pena privativa de libertad. En tanto, la Sala Penal de Apelaciones en segunda instancia únicamente recalificó el extremo sobre el delito de violación sexual de menor de catorce años de consumado a tentado, y le impuso quince años de pena privativa de libertad.

Tanto el procesado como el representante del Ministerio Público interpusieron recurso de Casación bajo la causal 3. del artículo 429° de CPP; el primero, alegó una errónea e indebida aplicación del art. 45°-A concordado con el art. 16° del CP; por su parte, el Fiscal Superior expuso sobre la errada dosificación de la pena, por la errónea interpretación al considerar a la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada (el extremo referido a la variación de la calificación jurídica sobre el tipo consumado de violación sexual de menor de catorce años a uno tentado. Quedando firme, por tanto, el extremo referido al delito de actos contra el pudor).

En esta ocasión la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, extendió sus motivaciones sobre la naturaleza jurídica y operatividad de la tentativa en el Fundamento 4.3. titulado Determinación Judicial de la Pena en Delitos Tentados:

“4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS

- La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.
- La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.
- La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.
- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.
- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:
 - La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.

- No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. La violación sexual, tanto de menor así como de mayor de edad, son tipos penales de resultado. La penetración determina cuándo se consuma el tipo penal de violación.
- La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.
- En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, corresponde evaluar la naturaleza de la reducción a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:
 - Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.
 - Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto,

la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.

- La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad; en el presente caso, el ingreso del primo menor de la agraviada determinó que el ahora sentenciado no prosiga con su afán de someter sexualmente a la menor”.

Por otro lado, la acotada sentencia cuestionó y definió como no amparable la tesis de la defensa sobre la disminución del límite mínimo legal hasta dos días y la creación de un nuevo marco con dicho límite inferior para seguidamente aplicar el Sistema de Tercios:

“A partir de lo mencionado, la propuesta efectuada por el señor abogado del imputado tanto en su recurso como en la audiencia de casación respecto a la creación de un nuevo marco de punibilidad que oscila entre los dos días hasta los veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días –referencialmente–, y dentro de tales marcos aplicar la regla de los tercios, no es amparable, dado que se restringe a una mera aplicación mecánica de la norma, sin analizar las exigencias establecidas en el segundo párrafo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal que establece: “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de responsabilidad”. En el presente caso, se juzga el intento de violación de una persona de doce años de edad, quien como consecuencia de la tentativa de sometimiento sexual quedó con una marcada huella psíquica (...). Por tanto, con estos resultados, el principio de proporcionalidad y una lógica razonable demandan liminarmente que por el suceso realizado no se podría imponer una pena de dos días, puesto que con el delito tentado únicamente no se produjo el resultado; empero, los efectos colaterales del delito sí adquirieron la cúspide de su cometido; tanto más si el delito previsto en el artículo ciento

setenta y tres del Código Penal reprime cualquier afectación vinculada a la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad”.

La decisión de la precitada sentencia, dio lugar a la revocatoria de la sentencia de primera instancia que declaró autor del delito de actos contra el pudor, y reformándola lo absolvieron; además, revocaron la sentencia de primera instancia que lo declaró como autor del delito de violación sexual y le impusieron treinta años de pena privativa, reformándola, le impusieron la pena de quince años de pena privativa de libertad.

4.5.1.5. Recurso de Nulidad N° 1765-2015/LIMA NORTE

Esta ejecutoria fue expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia integrada por los jueces supremos Cevallos Vegas (ponente), Ventura Cueva, Figueroa Navarro, Pacheco Huancas y Chávez Mella, con fecha 31 de marzo de 2017.

El recurso de Nulidad fue interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia conformada emitida por la Segunda Sala Penal para Procesados en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró como autores del delito de robo agravado (artículos 188° y 189°, primer párrafo, numerales 3. y 4. Siendo la pena de no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad) en grado de tentativa a J.G.S.S. y J.E.S.S., y los condenaron a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años de prueba, cuestionando el extremo de la pena impuesta y el apartamiento de las disposiciones contenidas en la Ley N° 30076. Los hechos tuvieron lugar el día 29 de diciembre de 2013.

Los Fundamentos Cuarto y Quinto de la sentencia estuvieron dedicados a la explicación doctrinal de la conclusión anticipada; sobre la determinación legal, el Fundamento Sexto se limitó a precisar el marco general de la pena establecida para el delito de robo agravado y que debía concordarse con el grado de ejecución, tentado; en cuanto a la determinación judicial, el Fundamento Séptimo, se limitó a describir las circunstancias genéricas atenuantes y agravantes que tenían los acusados; en el Fundamento Octavo, únicamente se ocupó en rechazar de manera general la confesión sincera de los procesados por haber sido intervenidos en flagrancia.

A pesar de aceptar que la comisión del delito fue en grado de tentativa, y que según el Fundamento Noveno, los procesados J.G.S.S. y J.E.S.S. contaban con dieciocho y veintiún años de edad respectivamente al momento de los hechos materia de acusación y que implicaba una responsabilidad restringida por edad (artículo 22° del CP), no desarrollaron un análisis sobre la naturaleza de ambos factores y el detalle sobre la eficacia operativa sobre la pena. Por el contrario, la Sala Suprema se limitó a señalar que:

“Décimo. En consecuencia, para determinar la pena concreta se deben considerar que si bien se presentan agravantes (concurso de dos o más personas agravante que ya se encuentra incorporada en el tipo penal imputado), no poseen antecedentes penales, con estudios secundarios, trabajan como mototaxista y obrero, poseen carencias de tipo educativo, económicas y de medio ambiente, por lo que le correspondería una pena cercana al mínimo, lo que, adicionado al beneficio por responsabilidad restringida y conclusión anticipada del juicio oral, la reducción de un séptimo de la pena final, hacen a la pena impuesta proporcional y conforme con la ley”.

Este Fundamento le sirvió a la Sala para declarar no haber nulidad contra la sentencia conformada y confirmar la pena de cuatro años de pena privativa de libertad en contra de ambos procesados.

4.5.1.6. Recurso de Nulidad N° 502-2017/CALLAO

Emitida el 31 de agosto de 2017 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia integrada por los jueces supremos Hinostroza Pariachi (ponente), Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Cevallos Vargas y Chávez Mella; la presente ejecutoria califica a la responsabilidad restringida por edad (artículo 22° del CP) como una causal de disminución de la punibilidad.

La sentencia de segunda instancia condenó al acusado R.M.T.P. como autor del delito de robo agravado (artículo 189° del CP, con una pena no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad) y le impuso diez años de pena privativa de libertad. De la sentencia de la Corte Suprema se colige en el Fundamento 13., que la Sala Penal de Apelaciones valoró las circunstancias atenuantes genéricas presentes en el caso en concreto para disminuir la pena por

debajo del mínimo legal; sin embargo, como advierte el Supremo Tribunal, éste no es un fundamento para realizar dicha reducción.

Empero, advirtiendo la concurrencia de una *—como es calificada por la Sala Transitoria—* causal de disminución de la punibilidad como la responsabilidad restringida por edad, que si permite reducir la pena por debajo del mínimo legal, consideran la pena impuesta por la Sala de Apelaciones como excesiva bajo el siguiente razonamiento:

“14. Si bien la Sala Superior Penal le impuso la pena de diez años para este delito; sin embargo, este Supremo Tribunal considera que dicha pena no se ajusta al principio de proporcionalidad y que colisiona con el principio constitucional de reincorporación del penado a la sociedad, previsto en el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; por lo que atendiendo a su edad —diecinueve años—; hecho que atentaría los fines de la pena protegidos constitucionalmente; por ende bajo el principio de proporcionalidad de las penas; en aquellos casos que el legislador se ha excedido al regular las penas para cada tipo de delitos, vulnerando el principio de proporcionalidad; debiendo tener presente no vulnerar el principio de dignidad de la persona; (...); por consiguiente la pena debe reflejar la aplicación del principio de proporcionalidad que prevé el artículo VII del Título Preliminar del citado cuerpo legal, que es principal estándar que debe considerar el juez para determinar la pena concreta; en consecuencia, este Supremo Tribunal considera que la pena impuesta al acusado R.M.T.P., resulta excesiva y desproporcional, por lo que debe ser reformada imponiéndose una pena condicional, bajo reglas de conducta”.

Considero que, uno de los grandes cuestionamientos sobre la operatividad en la “disminución prudencial de la pena exacta por debajo del mínimo legal” cuando concurra una causal de disminución de la punibilidad basada en la “correcta” aplicación del principio de proporcionalidad, genera un amplio margen de discrecionalidad y por ende, muchas veces, arbitrariedad. El en presente caso la Corte Suprema, al extremo referido a la pena impuesta, declaró haber nulidad en la sentencia respecto de los diez años de pena privativa de libertad y reformándola le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo reglas de conducta, sin mayor análisis referente al

principio de proporcionalidad y citando un fundamento realmente escueto sobre el apartado 22) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado.

4.5.1.7. Recurso de Nulidad N° 591-2018/AYACUCHO

Cursado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en fecha 14 de mayo de 2018, por los jueces supremos Sequeiros Vargas (ponente), San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Neyra Flores; éste recurso de Nulidad se formuló sobre la sentencia de segunda instancia que declaró a E.L.B. como autor del delito de lesiones graves y le impuso cuatro de pena privativa de libertad con carácter de efectiva; aduciendo la defensa de E.L.B. que actuó en legítima defensa en auxilio de su sobrina por la inminente violación sexual que sufriría el 11 de octubre de 2013 por parte de F.R.M.P. Únicamente es de interés para la presente investigación abordar dos fundamentos asumidos por esta Sala respecto a la eximente imperfecta de legítima defensa imperfecta:

“**3.2.7.** Superado el debate del límite superior, queda evaluar el extremo mínimo. Así, al haberse configurado un supuesto de legítima defensa imperfecta, correspondería una sanción hasta límites inferiores al mínimo legal. No obstante, aquella disminución es potestativa y no imperativa.

3.2.8. La pena impuesta ya se halla en el extremo menor y no concurren fundamentos para reducirla cuantitativamente. Sin embargo, sí surge escenario para evaluar la suspensión de la codena, (...)”.

En referencia al punto 3.2.7., que establece la disminución “potestativa” y no “imperativa” que debe realizarse ante la comprobación de una eximente imperfecta, dista del Fundamento Octavo de la Casación N° 997-2017/AREQUIPA emitida con anterioridad y que según el fundamento de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el “podrá” disminuir prudencialmente por debajo del mínimo legal establecido en la ley, debe entenderse en forma “imperativa”; es decir, de presentarse tal situación el juez discrecionalmente siempre debe reducir la pena por debajo del límite inferior. Asumida la postura de la disminución facultativa, el juez supremo en el Fundamento 3.2.8. decide permanecer en el extremo mínimo de la pena para el delito e impuesta por la Sala de Apelaciones por considerar que no existe otro fundamento que permita la reducción del debajo del mínimo legal.

4.5.1.8. Recurso de Nulidad N° 3283-2015/JUNÍN

Ejecutoria expedida el 22 de febrero de 2017 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, compuesta por los jueces supremos Hinostroza Pariachi (ponente), Ventura Cueva, Pacheco Huancas, Cevallos Vegas y Chávez Mella.

La defensa de la acusada J.S.V.L. interpone recurso de Nulidad en contra de la sentencia emitida por la Segunda Sala Mixta y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín, que falla declarándola como cómplice primaria del delito de robo agravado en agravio de E.D.I., imponiéndole diez años y seis meses de pena privativa de libertad, y por el delito de robo agravado en grado de tentativa en agravio de L.H.L. y A.H.H., y le impone cinco años y diez meses de pena privativa de libertad, que sumados ambas penas totalizan la cantidad de dieciséis años y tres meses de pena privativa de libertad.

Entre los fundamentos del recurso incoado por la defensa sostiene que no se habría valorado que la procesada contaba con diecinueve años de edad al momento de la comisión del delito (de los fundamentos de la ejecutoria se deduce que la Sala Penal de Apelaciones en segunda instancia valoró la carencia de antecedentes y la edad de la procesada únicamente como circunstancias atenuantes genéricas; y, redujo un séptimo de la pena por el acogimiento a la conclusión anticipada del juicio). Con respecto a este extremo el Tribunal Supremo realiza el análisis de los dos hechos ocurridos en mismo día pero en diferentes momentos.

En el primer hecho imputado (19 de octubre de 2014 a las 00:20 horas) de robo agravado (artículo 189° con las agravantes de los incisos 2), 3), 4) y 7)) en el que el marco penal será no menor de doce ni mayor de veinte años, la Sala Suprema ubica como marco concreto a ubicar la pena exacta parcial en el tercio inferior por la inconcurrencia de circunstancias agravantes genéricas, luego se dispone a examinar la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas; sin embargo, luego de establecer la concurrencia de la atenuante privilegiada de responsabilidad restringida por edad, no explica la operatividad para llegar a la pena exacta o final:

“**Quinto:** (...) En el presente caso, se ha probado que al momento de los hechos, el acusado J.S.V.L., contaba con diecinueve años de edad, lo que constituye una atenuante privilegiada para determinar la pena por debajo de los límites del tercio inferior, sin perjuicio de aplicar, además, el beneficio premial de disminución de un séptimo de la pena por la conclusión anticipada del juicio oral. Sobre este punto, esta Sala Suprema discrepa con el criterio utilizado por la Sala Penal Superior, por haber individualizado la pena en diez años con diez meses de pena privativa de libertad, por lo que corresponde fijarla en seis años con siete meses de pena privativa de libertad, en aplicación de la responsabilidad restringida del acusado (...), la conclusión anticipada del juicio, además de las carencias y el miedo social en que ha sido criado el acusado, los graves problemas económicos y las personas que dependen económicamente de aquél, esto es, su conviviente y su menor hijo”.

Referente al segundo hecho imputado (19 de octubre de 2014 a las 00:40 horas) de robo agravado (artículo 189° con las agravantes de los inciso 2) y 4)), realiza la misma operación de ubicar la pena exacta parcial en el tercio inferior a razón de la no concurrencia de circunstancias agravantes genéricas; y, luego procede a realizar el examen sobre la presencia de circunstancias atenuantes privilegiadas:

“**Noveno:** (...) En el presente caso, concurre además de la conclusión anticipada del juicio oral y de la responsabilidad restringida del acusado, la circunstancia atenuante privilegiada de tentativa; por lo que corresponde individualizar la pena del recurrente en cuatro años con cinco meses de pena privativa de libertad, en aplicación de los mismos fundamentos señalados en el considerando quinto de la presente resolución. Estando a lo anterior, y en aplicación del concurso real de delitos, la sumatoria de ambas penas totalizan la pena conjunta de once años de pena privativa de libertad”.

Más allá de la presunta pena exacta o final parcial de cuatro años y cinco meses (pues la conclusión anticipada del juicio oral según el orden de las palabras del fundamento, es valorada antes o concomitante a la valoración de las circunstancias atenuantes privilegiadas), la Sala Suprema no explica cómo realiza el procedimiento o cuál es el criterio jurisprudencial para llegar a la pena exacta parcial en este segundo hecho delictivo; y, mucho menos el momento del efecto

operativo de la conclusión anticipada del juicio para llegar a la pena final de once años, pena reformada en el fallo producto de haber declarado la nulidad de la sentencia de mérito.

4.5.1.9. Recurso de Nulidad N° 174-2016/LIMA

Emitida el 15 de junio de 2017 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia conformada por los jueces supremos Cevallos Vargas (ponente), Calderón Castillo, Ventura Cueva, Sequeiros Vargas y Chávez Mella.

El sentenciado de iniciales G.Z.H. a través de su defensa técnica interpuso recurso de Nulidad en contra de la sentencia conformada emitida por la Primera Sala Penal para Procesados con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que lo condenó como autor del delito de feminicidio en grado de tentativa en agravio de T.H.N.Q. a dieciséis años de pena privativa de libertad.

Abreviadamente la imputación fiscal describe que el día 28 de diciembre de 2014 en horas de la noche cuando el procesado G.Z.H. salía de una discoteca en el distrito de Pueblo Libre, pretendió dar muerte a su conviviente de iniciales T.H.N.Q., atacándola con un arma punzocortante a la altura del abdomen y al no poder ingresar el cuchillo porque la agraviada tenía puesta una casaca de cuero, la arrojó contra el suelo para ocasionarle cortes en los brazos y piernas, momento que fue reducido por el vigilante de la discoteca. La agraviada había tenido días previos al ataque, amenazas de muerte por parte del imputado.

Los fundamentos de la sentencia de vista de Sala Superior fueron que el acusado aceptó los cargos, que para la determinación de la pena se tuvo en cuenta el bien jurídico vulnerado y la conducta del acusado, el mismo que actuó con alevosía, y que finalmente se realizó la atenuación por el acogimiento a la confesión sincera. Por otro lado, de los fundamentos del recurso de Nulidad, nos importa únicamente el extremo referido a que no se consideró la eximente de responsabilidad del artículo 20°.1), por haberse encontrado el procesado G.Z.H. en estado de ebriedad. Al respecto, la Sala Suprema según el delito de feminicidio en un escenario de violencia familiar y actuada con alevosía (artículo 108°-B en concordancia con el párrafo primer, inciso 1), y párrafo segundo, inciso 7) que establece una pena no menor de veinticinco años), y según las concomitancia de atenuantes genéricas

podrían ubicar dentro del tercio inferior de la pena abstracta. Sin embargo, llama la atención que los Fundamentos 5.8. y 5.9. valoran y consideran a la tentativa como causal de disminución de la punibilidad y a la eximente imperfecta como circunstancia atenuante privilegiada:

“5.8. Sin embargo, es de soslayarse el grado imperfecto de ejecución del delito materia de condena. El que no llegó a consumarse sino quedó en grado de tentativa. Tal circunstancia se erige como “causal de disminución de la punibilidad”, que según el artículo 16° del Código Penal, permite la disminución prudencial de la sanción por debajo de la pena básica, alcanzando, en el mejor de los casos para el procesado, a veinte años de pena privativa de libertad.

5.9. Asimismo, concurre la responsabilidad restringida del agente, prescrita en el artículo veintiuno del Código Penal, que permite la reducción de la pena a límites inferiores del mínimo legal, al señalar que en los casos del artículo veinte, inciso 1, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, presupuesto de atenuación privilegiada, en tanto que el alegado estado de ebriedad, -aún cuando no se ha logrado acreditar el grado de alcohol que tenía por cuanto no obra el certificado de dosaje etílico-, ello ha sido corroborado por la testigo X.R.A.B. en su declaración policial y testimonial (...), así como por el efectivo policial O.R.C.P. en su declaración testimonial (...), y por la agraviada T.H.N.Q. en su declaración preventiva (...); por lo que, le corresponde una reducción prudencial a los dieciséis años de pena privativa de la libertad que se le impuso”.

Ambos fundamentos no explican el efecto operativo o procedimiento en la determinación de la pena exacta o final de dieciséis años por debajo del mínimo legal (veinticinco años de pena privativa de libertad establecido como el límite mínimo legal para el delito) aun existiendo factores de atenuación “extraordinaria” de diferente naturaleza, sino su sustento es puramente discrecional y basado en el principio de proporcionalidad; empero, sin mayor fundamento:

“5.11. (...) En el caso concreto dadas las circunstancias antes analizadas, es razonable imponer al sentenciado una pena por debajo del mínimo legal,

orientada a los fines de prevención especial positiva respecto al sentenciado y prevención general negativa frente a la sociedad en su conjunto, debiendo por ello rebajarse la pena impuesta al recurrente por debajo del mínimo legal; por lo que, bajo dichos argumentos deben estimarse en parte el agravio formulado en cuanto a este motivo se refiere”.

Cabe destacar, que la Sala Suprema no considero para llegar a la pena final, la confesión sincera pues el procesado fue detenido en flagrancia; y, declaró haber nulidad en la sentencia de segunda instancia en el extremo de la pena y reformándola le impuso ocho años de pena privativa de libertad, fallo que dista de los fundamentos antes acotados, específicamente de la última parte del Fundamento 5.9. de la ejecutoria.

4.5.1.10. Recurso de Nulidad N° 468-2017/LIMA

Ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 06 de setiembre de 2017 por los jueces supremos integrantes de la Sala Neyra Flores (ponente), San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Sequeiros Vargas.

De los fundamentos del recurso de Nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado J.C.R.C., alega no estar conforme con la pena impuesta por no haberse considerado la responsabilidad restringida por edad, esto es, por encontrarse al momento de los hechos con veinte años de edad.

De la sentencia se desprende que los hechos tuvieron lugar el 14 de enero de 2016 en el que el agraviado de iniciales E.Y.C.C. se encontraba en su camioneta, cuando dos hombres ocupando una moto lineal armados intentaron robarle. Luego de la ubicación de la pena abstracta de la pena, esto es, una de no menor de doce años y no mayor de veinte años de pena privativa de la libertad (artículo 189°, incisos 3) y 4)), la Sala Suprema ubica el tercio inferior después de la comprobación de la concurrencia de circunstancias atenuantes genéricas, y tras la valoración de las mismas concluye que:

“**6.3.** Siendo esto así, la pena concreta parcial a imponerse sería de doce años, dado que el procesado tiene como nivel de instrucción tercero de secundaria, operador encargado de limpieza, es soltero, con un hijo”.

En ese orden, luego de comprobar que el delito quedó en grado de tentativa y que el acusado contaba con veinte años de edad al momento de la comisión del delito (en el Fundamento Quinto arguye que para la determinación de la pena es preciso valorar, entre otras circunstancias, las causales de disminución de la punibilidad), explica:

“6.6. Por tanto, la tentativa y responsabilidad restringida son aplicables para un descuento prudencial adicional sobre la pena concreta determinada; por ello, la pena privativa de libertad se establecería en diez años y seis meses”.

La operatividad de las causales de disminución de la punibilidad en esta ejecutoria se evidencia; empero, la reducción se da únicamente bajo un criterio discrecional.

4.5.1.11. Pleno Jurisdiccional Distrital Penal y Civil – Apurímac

Fue llevado a cabo el 17 de octubre de 2015 en la ciudad Abancay, con la presencia de cinco jueces superiores y veintisiete jueces especializados de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, con motivo de uniformizar criterios en temas penales y civiles.

El Tema II, fue dedicado a la discusión sobre “la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena”, el Pleno adoptó por mayoría la postura siguiente:

“Puede admitirse como circunstancias atenuantes privilegiadas no sólo las previstas en el artículo 21° que correspondan y la confesión sincera sino también: el error de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado – comprensión disminuida, la tentativa, el desistimiento voluntario, la responsabilidad restringida por edad, la complicidad secundaria”.

El Pleno tuvo dos posturas para llegar a esta conclusión plenaria. La primera, fue únicamente considerar como circunstancias atenuantes privilegiadas a las eximentes imperfectas y confesión sincera; y, la segunda postura, que en virtud del principio de legalidad y *pro homine* considerar circunstancias atenuantes privilegiadas además de las eximentes imperfectas y confesión sincera, al error de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado, la tentativa, el desistimiento voluntario, la responsabilidad restringida por edad y la

complicidad secundaria. A este punto cabe precisar que la confesión sincera es una bonificación procesal, un beneficio premial que sobreviene en el proceso, cuando el hecho delictivo ha concluido; es decir, tiene una naturaleza distinta a los demás factores incluidos como circunstancias atenuantes privilegiadas; empero aun así fue incluido. Por otro lado, respecto a los efectos operativos, el Pleno no emitió pronunciamiento.

4.5.1.12. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal – Moquegua

Pleno desarrollado el 09 y 10 de junio de 2017 en la ciudad de Moquegua, tuvo una interesante conclusión plenaria referente a I) la existencia de circunstancias atenuantes privilegiadas; y II) si está permitido en (virtud de ellas) que los jueces procedan a disminuir la pena por debajo del mínimo legal y cuáles serían sus límites:

“El Pleno acordó por MAYORIA que “Si existen atenuantes privilegiadas en nuestra legislación y efectivamente, las mismas facultades a los Jueces la posibilidad de imponer penas por debajo del mínimo legal o abstracto previsto por el legislador. No obstante, pese a no existir límites previstos por el legislador, es viable establecerlos (por una interpretación sistemática y teleológica) a nivel “jurisprudencial”” (Primera Conclusión Plenaria).

A diferencia del Pleno Jurisdiccional Penal y Civil de Apurímac, este Pleno no establece taxativamente cuáles son aquellas circunstancias atenuantes privilegias en nuestra legislación que debieran tener los efectos operativos prescritos en la conclusión plenaria. Por otro lado, los efectos operativos parecen difusos, pues no describe si la pena que debiera reducirse por debajo del mínimo legal, será la de pena exacta o se realizará la creación de un nuevo marco abstracto o concreto.

4.5.2. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA – SEDE CENTRAL

Para obtener una información cierta sobre los criterios jurisprudenciales abordados por nuestros Jueces de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, se seleccionó para su revisión el universo de las sentencias condenatorias con la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas expedidas en el año 2017 por

los cuatro Juzgados Penales Unipersonales –*Primer Juzgado Penal Unipersonal – Proceso Inmediato de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad, Segundo Juzgado Penal Unipersonal, Tercer Juzgado Penal Unipersonal – Proceso Inmediato de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad, Cuarto Juzgado Penal Unipersonal*–, dos Juzgados Penales Colegiados Supraprovinciales –*Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial, y Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente*–; y, sus sentencias de vista cuando únicamente resuelvan cuestionamientos sobre el *quantum* de la pena por la concomitancia de circunstancias atenuantes privilegiadas expedidas según sea el caso por alguna de las cuatro Salas Penales de Apelaciones –*Primera Sala Penal de Apelaciones, Segunda Sala Penal de Apelaciones, Tercera Sala Penal de Apelaciones y Cuarta Sala Penal de Apelaciones*–.

Los datos contenidos en la matriz de sistematización realizado por la investigadora, conducirán a la formulación de cuadros o tablas y gráficos que organizarán con coherencia los resultados en articulación con la hipótesis formulada. De este modo, una vez organizado los datos, éstos serán sometidos a un análisis e interpretación; es decir, se realizará una reflexión sobre los mismos que permitirán llegar al conocimiento pleno de las variables e indicadores en función a un determinado número de sentencias –o *unidades de estudio*–, y que finalmente darán respuesta a las interrogantes planteadas en la investigación.

La representación de la información en cuadros o tablas y gráficos se realizará de forma metódica, para finalmente escudriñar los fundamentos que sustentan el *quantum* modificadorio de la pena o proporción por debajo del mínimo legal que debe reducirse, ante las diferentes situaciones en las que se presentan las “circunstancias atenuantes privilegiadas”.

4.5.2.1. Sentencias expedidas en el año 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados

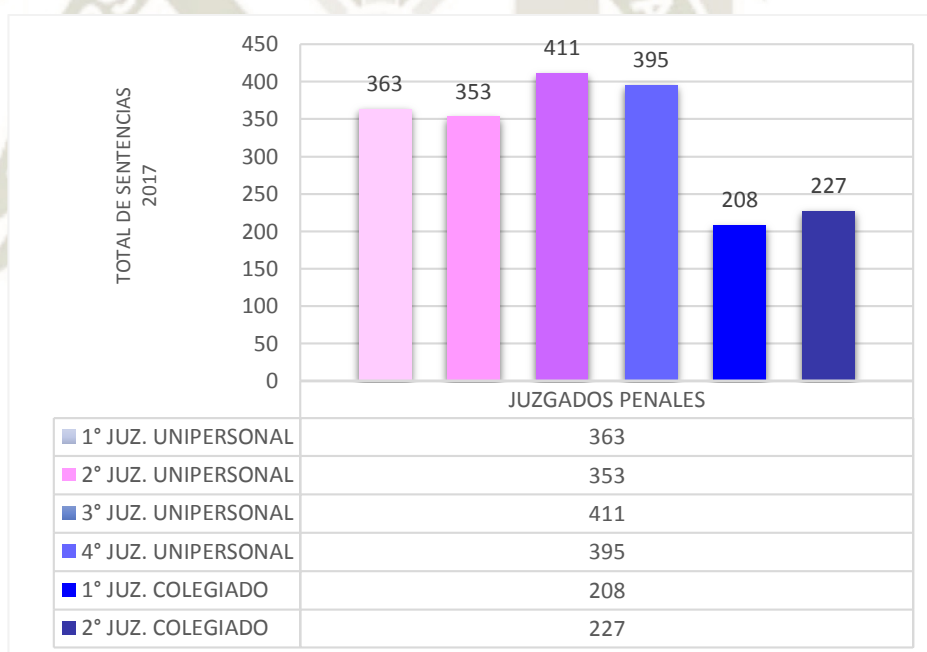
Cuadro 1: Sentencias expedidas en el año 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Penales Colegiados

JUZGADO PENAL	SENTENCIAS	%
---------------	------------	---

1° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	363	18.55
2° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	353	18.04
2° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	411	21.00
2° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	395	20.19
1° JUZGADO PENAL COLEGIADO	208	10.63
2° JUZGADO PENAL COLEGIADO	227	11.59
TOTAL	1957	100.00%

Fuente: Elaboración personal (obtenida de la matriz de sistematización).

Gráfica 5: Sentencias expedidas en el año 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Penales Colegiados



Fuente: Elaboración personal (obtenida de la matriz de sistematización).

Durante el año 2017, el número total de sentencias expedidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Penales Colegiados fueron de mil novecientos cincuenta y siete (1957) sentencias. El Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Juzgados Penales Unipersonales tienen una mayor carga expeditiva de sentencias en juicio oral en comparación con los Juzgados Colegiados; así se tiene que, han emitido trecientos sesenta y tres (363) sentencias, trescientos cincuenta y tres (353)

sentencias, cuatrocientos once (411) sentencias y tres cientos noventa y cinco (395) sentencias respectivamente por Juzgado Unipersonal. Ello se debe al conocimiento material de delitos cuyo extremo máximo sea menor o igual de seis años de pena privativa de la libertad y que se presentan con mayor frecuencia, de allí que, de una breve revisión de la matriz de sistematización encontramos delitos como hurto, hurto agravado, estafa, actos contra el pudor, lesiones, micro comercialización de droga, etc.

Por otro lado, en cuanto al Primer y Segundo Juzgado Penal Colegiado, conocedores de delitos que tengan señalados en su extremo mínimo una pena mayor de seis años de pena privativa de libertad, han expedido dos cientos ocho (208) y dos cientos veintisiete (227) sentencias en la etapa de juicio oral. Esta menor cantidad de sentencias sobre delitos graves, verbigracia –*ver matriz de sistematización*– violación sexual, violación sexual de menor de edad, robo agravado, feminicidio, homicidio, actos contra el pudor de menor de edad, tráfico ilícito de drogas, etc., puede deberse a una menor comisión en atención a la prevención general negativa que genera impacto en el ciudadano a un merecimiento de una pena con extensiones cuantitativas mayores y efectiva; o, como consecuencia del acogimiento a la terminación anticipada del proceso o conclusión anticipada del juicio u otros beneficios procesales en etapas anteriores al juicio oral, lo que sucede muchas veces en la praxis judicial, toda vez, que es beneficioso para el procesado en aras de conseguir una exención de la pena, una menor pena o una pena suspendida.

4.5.2.2. Sentencias con artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25°

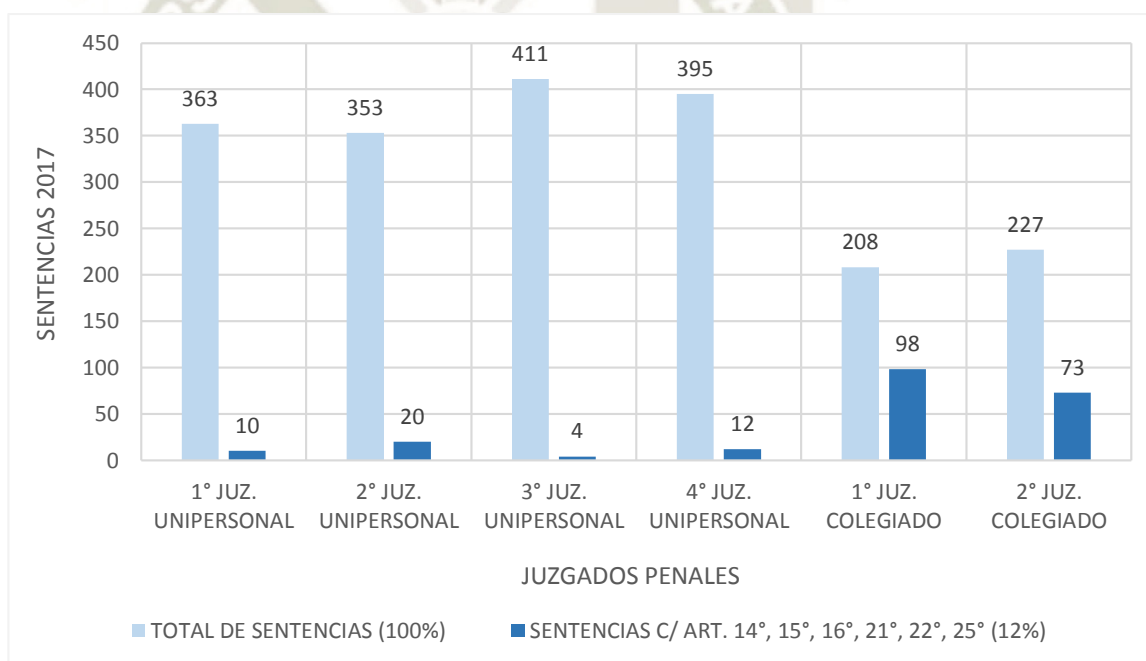
Cuadro 2: Sentencias que concurren: error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria

JUZGADO PENAL	SENTENCIAS	%	SENTENCIAS C/ ART. 14°, 15°, 16°, 21°, 22°, 25°	%
1° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	363	100.00	10	4.00
2° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	353	100.00	20	6.00

2° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	411	100.00	4	3.00
2° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	395	100.00	12	4.00
1° JUZGADO PENAL COLEGIADO	208	100.00	98	48.00
2° JUZGADO PENAL COLEGIADO	227	100.00	73	35.00
TOTAL	1957	100.00%	217	12.00%

Fuente: Elaboración personal (obtenida de la matriz de sistematización).

Gráfica 6: Sentencias que concurren: error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria



Fuente: Elaboración personal.

Del total de mil novecientos cincuenta y siete (1957) sentencias expedidas durante el año 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados, en doscientos diecisiete (217) sentencias han concurrido por lo menos una vez la tentativa, complicidad secundaria, eximente imperfecta, error de prohibición vencible, error de prohibición culturalmente condicionado vencible y responsabilidad restringida; es decir, en todos los Juzgados Penales en el espacio temporal materia de

investigación, siempre se han presentado situaciones en las que concurren estos factores y que debieran ser valorados. En el Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Juzgado Penal Unipersonal, han estado presentes en diez (10), veinte (20), cuatro (4) y doce (12) sentencias respectivamente; y, en el Primer y Segundo Juzgado Penal Colegiado, presentes en noventa y ocho (98) y setenta y tres (73) sentencias.

El número y porcentaje de sentencias contenidos en la Tabulación 2 y Gráfica 9 aún no han sido clasificados según el *nomen iuris*, pues como se ha venido acotando, la doctrina no es unánime en otorgarles la nomenclatura de “circunstancias atenuantes privilegiadas” y es posible que suceda lo mismo a nivel jurisprudencial. Resulta necesaria entonces, realizar la agrupación según el *nomen iuris* empleado para calificar a dichos factores, lo cual nos permitirá conocer el criterio adoptado por nuestros Jueces sobre la nomenclatura usada y la valoración del *quantum* de la pena o proporción por debajo del mínimo legal que reduce ante la concomitancia de aquellos. Ello será detallado en el Cuadro 4 y Gráfica 11.

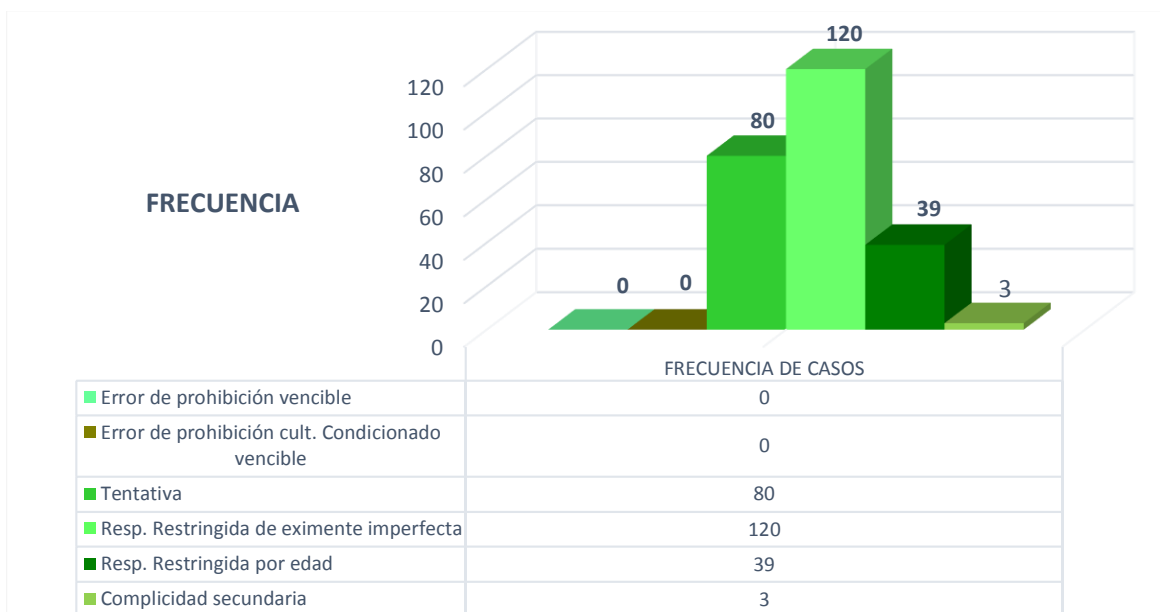
4.5.2.3. Frecuencia de casos de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25°

Cuadro 3: Frecuencia en las sentencias de tentativa, error de prohibición, error de compresión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria

CIRCUNSTANCIA	FRECUENCIA	%
COMPLICIDAD SECUNDARIA	3	1.24
RESP. RESTRINGIDA POR EDAD	39	16.12
EXIMENTES IMPERFECTAS	120	49.00
TENTATIVA	80	0.58
ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE	0	0.00
ERROR DE PRO. CULT. CONDICIONADO VENCIBLE	0	0.00
TOTAL	242	100.00%

Fuente: Elaboración personal.

Gráfica 7: Frecuencia en las sentencias de tentativa, error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, responsabilidad restringida por edad, eximentes imperfectas y complicidad secundaria



Fuente: Elaboración personal.

Como complemento, considero pertinente incluir la siguiente información respecto a la frecuencia o cantidad de “factores” que se han presentado en el universo de sentencias. Así pues, de las doscientos diecisiete (217) sentencias, se han presentado en ellas –dentro de éstas la presencia de una o más de dos factores– doscientos cuarenta y dos (242) casos de la concurrencia que se detalla a continuación: tres (3) casos de complicidad secundaria, treinta y nueve (39) casos de responsabilidad restringida por edad, ochenta (80) casos de tentativa, y ciento veinte (120) casos de eximentes imperfectas; empero, no se evidenció ninguna sentencia en la que concurra el error de prohibición vencible y error de prohibición culturalmente condicionado vencible. Siendo la frecuencia de los factores mayor que el número de sentencias; se deduce que existen casos en los que por sentencia pueden haber dos o más factores presentes; por lo que, la pluralidad de concurrencia de estos factores deben ser analizados en razón a si su disminución es mayor en parangón a la presencia de un sólo factor. Ello será analizado en la Tabla 5 y Gráfica 12.

Por otro lado, es pertinente indicar que en relación de los ciento veinte (120) casos de eximentes imperfectas que representan el 49% del total de factores presentados en las sentencias, se debe –en su mayoría– a que el sujeto infractor se

encontraba en estado de ebriedad no pudiendo la defensa técnica probar que mereciera la exención de la pena a razón del artículo 20°, inciso 1)⁷⁹.

4.5.2.4. Total de sentencias con art. 14°, 15°, 16°, 21°, 22°, 25° y su agrupamiento según el *nomen iuris*

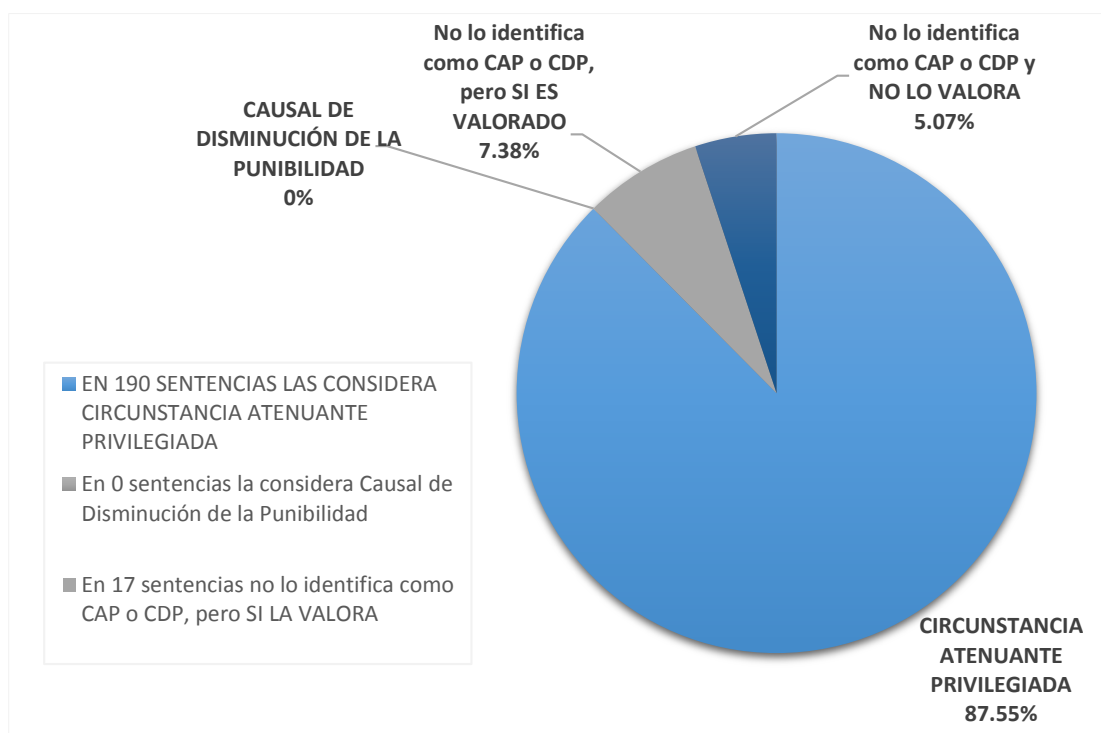
Cuadro 4: Sentencias agrupadas según el *nomen iuris*

NOMEN IURIS	SENTENCIAS	%
CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PRIVILEGIADA	190	87.55
CAUSAL DE DISMINUCIÓN DE LA PUNIBILIDAD	0	0.00
NO LO IDENTIFICA CON UN <i>NOMEN IURIS</i> , PERO SÍ ES VALORADO	16	7.38
NO LO IDENTIFICA CON UN <i>NOMEN IURIS</i> , Y NO ES VALORADO	11	5.07
TOTAL	217	100.00%

Fuente: Elaboración personal.

⁷⁹ Código Penal de 1991. “Artículo 20°: Inimputabilidad. Está exento de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión. (...)”. Inciso 1) del artículo 20° del CP, sustituido por el artículo 3° de la Ley N° 26447 de 21 de abril de 1995.

Gráfica 8: Sentencias agrupadas según el *nomen iuris*



Fuente: Elaboración personal.

Se tiene del Cuadro 4 y Gráfica 11 que, las doscientos diecisiete (217) sentencias no valoran, ni mucho menos les otorgan, una nomenclatura igual a los factores presentes en cada caso en concreto. La agrupación de las sentencias según la valoración y el *nomen iuris* obedece a cuatro grupos: primero, aquellas adoptadas en ciento noventa (190) sentencias y que representan un porcentaje del 87.55% encontramos a las circunstancias atenuantes privilegiadas; segundo, en ninguna o en el 0% de sentencias llaman a estos factores como causales de disminución de la punibilidad —*empero; como será analizado infra, existen fundamentos usados de la postura de “causales de disminución de la punibilidad” pero que erróneamente son utilizados para fundamentar los efectos operativos de una circunstancia atenuante privilegiada—*; y por tanto, tampoco asumen el efecto operativo analizados en la primera parte del presente Capítulo; tercero, en diecisiete (17) sentencias que representan el 7.38% de la totalidad, omiten ponerles un nombre; sin embargo, si son valoradas, en todas ellas haciendo una disminución discrecional sobre la pena exacta sin mayor motivación sobre la proporción que se disminuye o

las valora como una circunstancia atenuante genérica; y, cuarto, representa el 5.07% con 11 sentencias, aquellas en las que estos factores no son valoradas de ningún modo, según la lectura de las sentencias obedece a una inadecuada deliberación sobre el *quantum* de la pena e imprudencia en la atención de la presencia de ésta en el caso en concreto.

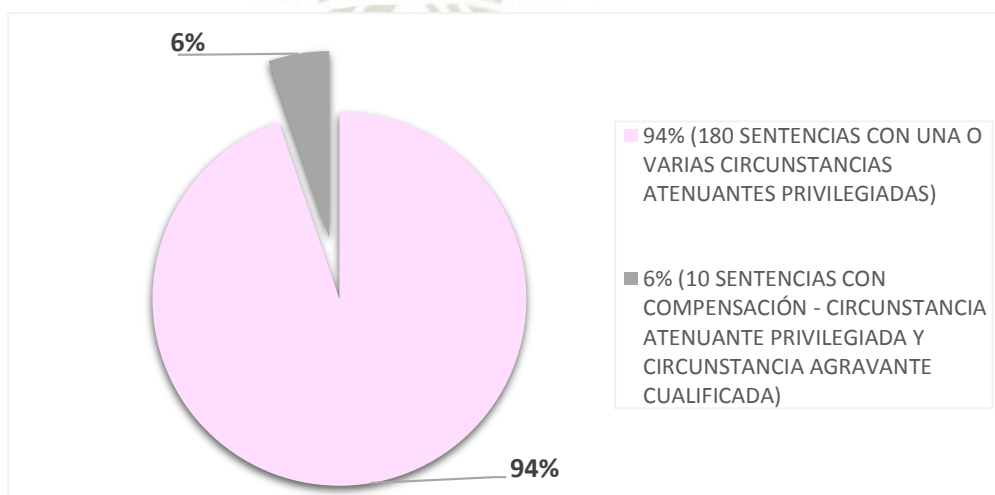
4.5.2.5. Situaciones: Presencia de una o varias circunstancias atenuantes privilegiadas y presencia de una circunstancia atenuante privilegiada y una circunstancia agravante cualificada

Cuadro 5: Situaciones en el que haya una circunstancia atenuante privilegiada

SITUACIÓN	SENTENCIAS	%
CONCURRENCIA DE UNA O MÁS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS	180	94%
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CUALIFICADAS	10	6%
TOTAL	190	100%

Fuente: Elaboración personal.

Gráfica 9: Situaciones en el que haya una circunstancia atenuante privilegiada



Fuente: Elaboración personal.

Las circunstancias atenuantes privilegiadas adoptadas en ciento noventa (190) sentencias, pueden estar presentes en dos situaciones que merecen ser destacadas en relación a la presente investigación; primero, cuando concurren una o más de una circunstancia atenuante privilegiada en una sentencia; y, segundo, cuando concurre una circunstancia atenuante privilegiada y una circunstancia agravante cualificada.

En relación a la primera situación presente en ciento ochenta (180) sentencias que representan el 94% de las ciento noventa (190) sentencias en las que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas de manera general, concurre únicamente una o más de una circunstancia atenuante privilegiada en el caso en concreto. Puede pensarse incluso antes del análisis de la proporción que se reduce ante la presencia de una atenuante privilegiada que, ante la existencia de dos o más circunstancias de la misma naturaleza, debe reducirse en mayor (doble o triple) proporción; empero, ello no sucede. Únicamente se realiza una disminución escatimando la presencia de varias atenuantes privilegiadas.

La segunda situación que se presenta en diez (10) sentencias que representan el 6% de las ciento noventa (190) sentencias en las que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas de manera general, concurren una circunstancia atenuante privilegiada y una circunstancia agravante cualificada. El artículo 45°-A, inciso 3. acápite c)⁸⁰ establece sin mayores complicaciones la compensación ante la presencia de atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas; en ese caso, la pena concreta, exacta o final debe identificarse dentro de los límites del marco punitivo establecido para el delito. En las diez (10) sentencias fue respetada la disposición legal sobre compensación de atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas; por lo que, la pena concreta fue ubicada dentro del marco punitivo.

4.5.2.6. Criterios en la determinación judicial de la pena cuando concorra una o varias circunstancias atenuantes privilegiadas

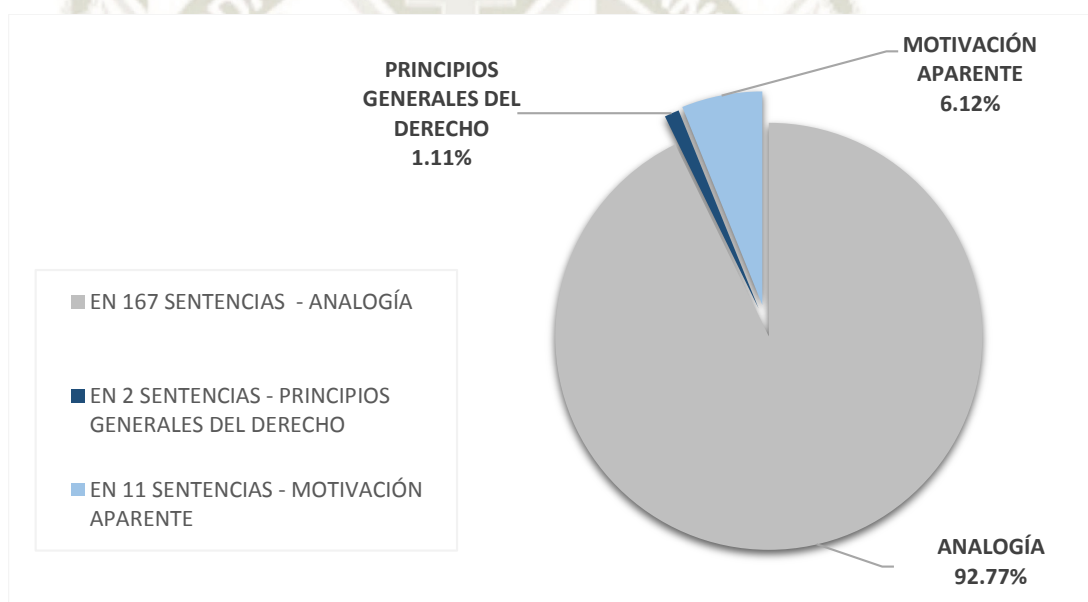
Cuadro 6: Criterios adoptados por los Jueces para determinar la pena por debajo del tercio inferior cuando concorra una o varias circunstancias atenuantes privilegiadas

⁸⁰ Ley N° 30076. “Artículo 45°-A.3.c): (...) Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: (...) c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

CRITERIO ASUMIDO	SENTENCIAS	%
ANALOGÍA	167	92.77
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL	2	1.11
MOTIVACIÓN APARENTE	11	6.12
TOTAL	180	100.00%

Fuente: Elaboración personal.

Gráfica 10: Criterios adoptados por los Jueces para determinar la pena por debajo del tercio inferior cuando concurra una o varias circunstancias atenuantes privilegiadas



Fuente: Elaboración personal.

Ante la confirmación de la existencia de una laguna legal sobre el efecto operativo que deben tener las circunstancias atenuantes privilegiadas para la formación de un nuevo marco legal por debajo del mínimo legal establecido en el delito, los Jueces de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el año 2017, han adoptado criterios diferentes para dar solución a esta laguna del derecho penal.

En ciento sesenta y siete (167) sentencias que representan el 92.77% de las sentencias que concurren estas circunstancias, han optado por la aplicación del método de integración jurídica de la analogía. En dos (2) sentencias que representan

el 1.11% de las sentencias analizadas, fueron utilizados los principios generales del derecho penal, que es también un mecanismo o método de integración jurídica para dar solución a las lagunas del derecho; empero, en una menor proporción. Por último, del análisis de la motivación o fundamentos de la sentencias sobre la determinación de la pena, se concluye que existen once (11) sentencias que representan el 6.12% del total, que tienen una motivación aparente sobre el proceso y *quantum* de la pena final a la que llegan, pues no dan cuenta de las razones mínimas que sustentan tal decisión.

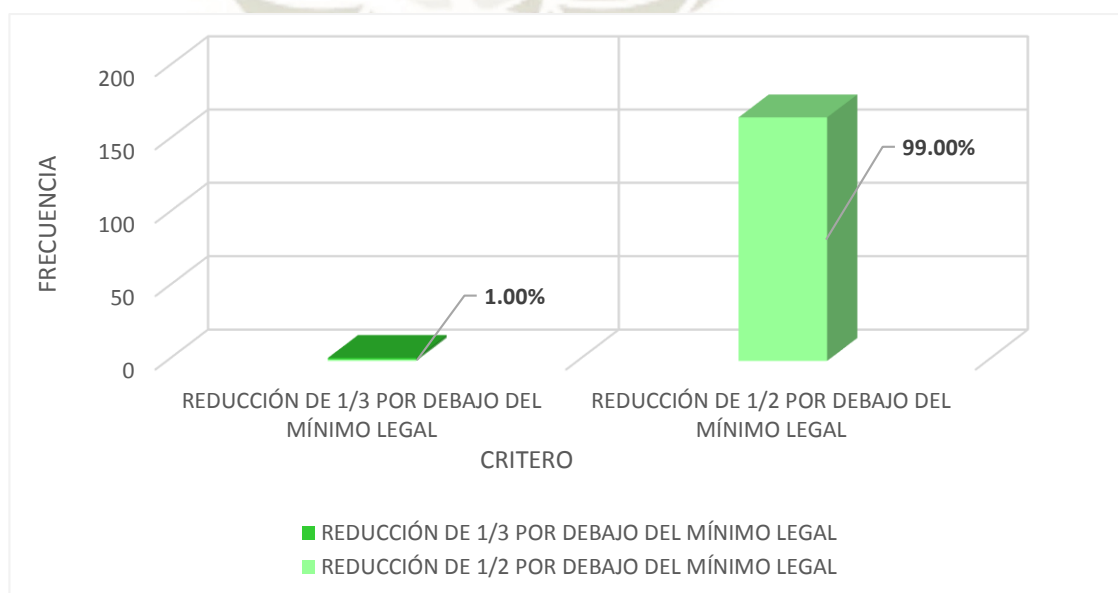
A) *Quantum* de la pena y Analogía

Cuadro 7: Sentencias motivadas con analogía *in bonam partem*

POR ANALOGÍA IN BONAM PARTEM	FRECUENCIA	%
REDUCCIÓN DE 1/2 POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL	166	99.00
REDUCCIÓN DE 1/3 POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL	1	1.00
TOTAL	167	100.00%

Fuente: Elaboración personal.

Gráfica 11: Sentencias motivadas con analogía *in bonam partem*



Fuente: Elaboración personal.

En el total de sentencias que se usó la analogía como método de integración jurídica para la solución de la laguna legal sobre la proporción por debajo del mínimo legal que debe reducirse la pena ante la concurrencia de una atenuante privilegiada, fue a favor del *reo*; es decir, se motivó las sentencias con la analogía *in bonam partem*; empero, se usaron las consecuencias jurídicas o el porcentaje de agravación de la pena que les corresponde a las circunstancias agravantes calificadas en sentido inverso; motivación con la que discrepo.

Haciendo uso de la analogía *in bonam partem*, el Juez arequipeño en ciento sesenta y seis (166) sentencias que representan el 99.00% del total de sentencias en la que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, aplica la reducción de en una mitad (1/2) por debajo del tercio inferior en sentido inverso, en atención a que esa proporción está establecida para la reincidencia, que como circunstancia agravante calificada “tienen el mismo valor que las circunstancias atenuantes privilegiadas”⁸¹. Por otro lado, también en aplicación de la analogía *in bonam partem*, una (1) sentencia que representa el 1% del total de sentencias, aplica la reducción de un tercio (1/3) por debajo del tercio inferior por ser el porcentaje de agravación que le corresponde a la habitualidad, empero en el presente caso siendo un delito tentado, en sentido inverso para su atenuación.

Verbigracia, respecto a la reducción de la mitad (1/2) por debajo del mínimo legal bajo el criterio de la analogía *in bonam partem* para determinar la extensión del marco abstracto cuando concurra una circunstancia atenuante privilegiada, citaremos los siguientes Fundamentos de la Sentencia N° 7-2017-1JPCSP de fecha 19 de enero de 2017 expedida por el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial en el Expediente N° 1384-2016-95-0401-JR-PE-01:

“Sexto.- Individualización de la Pena.-

(...)

Para ello, debemos tener en consideración que el legislador ha previsto el delito de Robo Agravado previsto en el artículo 188°, concordante con los incisos 02 y 04 del artículo 189° del Código Penal, vigente al momento de los hechos, el

⁸¹ Fundamento utilizado en las sentencias.

mismo que prevé una pena no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad.

6.1.- Para la determinación de la pena debe tomarse en cuenta los criterios fundadores de la pena establecidos en los artículos 45, 45°-A y 46 del Código Penal. Sin embargo, las partes no han hecho referencia a criterios orientadores del artículo 45.

6.2.- Luego, se procede a verificar criterios previstos en el artículo 45°-A y 46 señalado: **a) Espacio punitivo de determinación de pena básica:** El delito de Robo Agravado, prevé un margen no menor de doce ni mayor de veinte años. **b) Determinación de la pena concreta:** En el presente caso, nos encontramos ante la presencia de una eximente imperfecta de responsabilidad penal, toda vez que los tres acusados al momento de la comisión del ilícito se encontraban en estado de ebriedad. (...).

6.3.- En ese sentido, este Tribunal estima conveniente aplicar el criterio jurisprudencial uniforme que viene adoptando en casos similares, en base a los fundamentos siguientes:

6.3.1.- Nuestro Código Penal no establece de manera expresa cómo deben fijarse las penas ante la presencia de una circunstancia atenuante privilegiada, si lo hace ante la presencia de circunstancias calificadas agravantes como la reincidencia y habitualidad, entre otras, por tanto agotada una interpretación literal de las normas.

6.3.2.- La discusión sobre la presencia o no de circunstancias privilegiadas atenuantes (elementos accidentales del delito) en nuestro derecho penal se zanja con la previsión legal contenida en el “Artículo 45-A. Individualización de la pena, numeral 3 que establece: “*Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera*”: **c) *En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito***”, artículo que fuera incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto 2013, de allí que pueda colegirse válidamente que nuestro legislador al momento de la dación de

la referida norma sí consideró la presencia de circunstancias atenuantes en nuestro ordenamiento penal, si bien no con tal nomenclatura –para ser gráficos– pero si reconociendo la existencia de circunstancias que atenúan o eximen de manera imperfecta la imposición de la pena, las que en puridad o esencia se han denominado por el legislador como circunstancias atenuantes privilegiadas. Ello siempre en una interpretación a favor del reo.

6.3.3.- Luego para llenar este vacío o deficiencia de la ley, se debe realizar una interpretación sistemática por ubicación e integración. En efecto, los jueces no podemos dejar de administrar justicia por deficiencia o vacío de la ley. Bajo ese argumento y en una interpretación analógica a favor del reo que habilita la Constitución en una interpretación inversa o negativa, si la reincidencia según el art. 46-C del CP, permite crear un nuevo marco punitivo incrementando la pena en una mitad por encima del extremo máximo fijado por la ley para el delito; y atendiendo a lo dispuesto por el art. 45-A, tercer párrafo, inc. 3 literal C, del Código Penal, se colige que las circunstancias cualificadas agravantes tienen en mismo valor que las privilegiadas atenuantes, entonces la conclusión lógica será que ante la presencia de una circunstancia privilegiada atenuante se permitirá modificar el marco punitivo en una mitad por debajo del extremo mínimo fijado por la ley.

6.3.4.- Ahora bien, con el objeto de aplicar una pena merecida ante la presencia de circunstancias privilegiadas atenuantes, debe construirse un nuevo marco punitivo. Ello se posibilita reduciendo en una mitad el plazo máximo fijado por la ley para el delito (seis años); así las cosas la pena concreta en este tipo de delitos debe determinarse entre los seis a doce años”⁸².

Asimismo, en cuanto a la reducción de un tercio (1/3) por debajo del mínimo legal bajo el criterio de la analogía *in bonam partem* para determinar la extensión del marco abstracto cuando concurra una circunstancia atenuante privilegiada, tenemos a la Sentencia S/N-2017 de fecha 22 de agosto de 2017, expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal en el Exp. N° 04754-2015-2-0401-JR-PE-02. Se tiene de la calificación jurídica que el acusado de iniciales G.C.B.Z. cometió el

⁸² El subrayado, cursiva y negritas es parte del texto de la Sentencia.

delito de Hurto Agravado durante la noche y con el concurso de dos o más personas (Artículo 186° primer párrafo. La pena no ha de ser menor de tres años ni mayor a seis años de pena privativa de libertad) en grado de tentativa; y, hubo un acuerdo entre las partes sobre una pena, la misma que fue la de un año y nueve meses de pena privativa de libertad:

“3. Por último, sobre *el ámbito de la legalidad de la pena, que corresponde al tercer control*; es de considerarse en relación a la pena privativa de libertad la fiscalía y la defensa llegaron a un acuerdo sobre la pena, en este caso, han propuesto un año y nueve meses de pena privativa de libertad, por lo que se realiza el control de legalidad y razonabilidad del artículo punitivo, así se tiene:

Respecto del procesado, la pena impuesta no reviste criterio de irrazonabilidad tampoco de ilegalidad, dado que se ha aplicado correctamente la secuencia estado a la circunstancia de responsabilidad restringida se crea un nuevo marco punitivo, en tanto la pena conmina de tres a seis años de pena, estando que no existe un quantum exacto en el código penal, es que en aplicación sistemática se aplica la que se descuenta a la habitualidad [?], entonces se descuenta un tercio por debajo del mínimo, estableciéndose un nuevo marco de dos a tres años; asimismo estando al grado de tentativa se partirá del extremo mínimo de este nuevo marco, es decir **dos años**. Se aplica un descuento de *un séptimo por conformidad* que se estableció en tres meses, quedando una pena de un año y nueve meses de pena privativa de libertad”⁸³.

Los dos porcentajes que se redujeron ante la presencia de atenuantes privilegiadas en aplicación de la analogía *in bonam partem* obedecen a un criterio meramente intuitivo e improvisado, ya que los porcentajes para las agravantes cualificadas, como se adelantó, son distintos según las diversas situaciones especificadas en los artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D, 48°, 49°, 50° y 51° del CP: 1/2, 1/3, 1/4, 2/3 y el doble (x2); por lo que, no es un fundamento válido usar deliberadamente 1/2 o 1/3 para realizar la reducción.

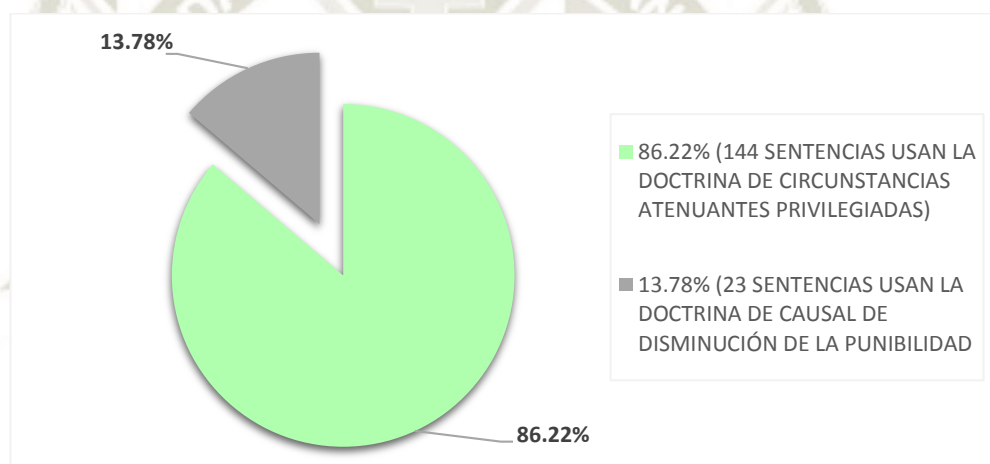
⁸³ El subrayado, cursiva y negritas es parte del texto de la Sentencia.

Cuadro 8: Doctrina usada en la fundamentación del criterio

DOCTRINA USADA EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL CRITERIO	SENTENCIAS	%
FUNDAMENTO DE LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PRIVILEGIADA	144	86.22
FUNDAMENTO DE LA CAUSAL DE DISMINUCIÓN DE LA PUNIBILIDAD	23	13.78
TOTAL	167	100.00%

Fuente: Elaboración personal.

Gráfica 12: Doctrina usada en la fundamentación del criterio



Fuente: Elaboración personal.

Es pertinente destacar, que el empleo de la analogía *in bonam partem* es el principal fundamento usado en las sentencias de los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados; empero, los Jueces también se han apoyado en otros fundamentos doctrinarios para legitimar su reducción del marco abstracto de la pena. En ciento cuarenta y cuatro (144) sentencias que representan el 86.22% del total de sentencias en el que concurren atenuantes privilegiadas, el Magistrado usa únicamente la analogía *in bonam partem* para motivar la reducción; no obstante, es curioso que en treinta y tres (33) sentencias que representan el 13.78% del total, además del uso del fundamento de la analogía *in bonam partem*, mencionen la definición e incluso los efectos operativos de las “causales de disminución de la punibilidad” incoado en los últimos textos del profesor VICTOR PRADO

SALDARRIAGA, dentro del mismo fundamento; lo que evidencia, una incomprensión de los diferentes efectos operativos que involucra la hermenéutica de circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de disminución de la punibilidad en la praxis judicial.

Tal es el caso de los Fundamentos sobre la determinación judicial de la pena para determinar el *quantum* de la pena rebajada ante la concomitancia de una circunstancia atenuante privilegiada, en la Sentencia N° 14-2017-2JPCSPA de fecha 24 de enero de 2017 expedida en el Expediente N° 4790-2015-49-0401-JR-PE-02 por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial:

“7.2. Determinación e individualización de la pena:

7.2.1. El marco punitivo del delito de feminicidio es no menor de quince años, no señalando un marco punitivo máximo, por tanto debe ser completado por el artículo 29 del código penal, que precisa una pena no superior a 35 años.

7.2.2. En la presente causa, conforme al Ministerio Público al momento de los hechos el acusado se encontraba en estado de ebriedad –*dijo que presentaba 0.88 gramos / litro de alcohol en la sangre*– lo cual debe valorarse, tanto más si como señala el profesor Victor Prado Saldarriaga⁸⁴, la determinación judicial de la pena en el caso de **causales de disminución de la punibilidad**, la penalidad estará por debajo del mínimo legal, así al tratar las *causales de disminución de la punibilidad*, precisa que éste esquema comprende dos operaciones, la primera, se concreta al ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito, ello debido a que dicho mínimo legal identifica el límite menor de punibilidad que fija la ley para el delito perfectamente realizado (*consumado o sin la concurrencia de causales plenas o imperfectas de exención de responsabilidad como las reguladas por los artículos 20°, 21° y 22° del Código Penal*); el segundo paso a seguir, implica una degradación punitiva, **siempre en línea descendente**, la que tendrá como único límite la proporcionalidad de una lectura razonable y prudente del suceso fáctico, de sus dimensiones antijurídicas,

⁸⁴ “Prado Saldarriaga, Víctor. “Determinación Judicial de la Pena”. Pacífico Editores SAC. 1era. Edición. Febrero 2015. Pág. 60”

así como de los niveles de intervención de las personas implicadas. Se trata de aplicar una escala discrecional que el juez recorrerá a su libre, pero razonable arbitrio⁸⁵.

7.2.3. Bajo dicha premisa, es claro que no existe previsión legal sobre el quantum de la rebaja, la cual está sujeto a interpretación; de este modo y efectuando una interpretación sistemática normativa, se atiende a la consideración penal de las *agravantes cualificadas* (reincidencia y habitualidad), que autorizan el incremento de la pena **hasta la mitad por encima** de la pena conminada, *ergo*, para la atenuante privilegiadas, también es factible efectuarse una **rebaja de hasta la mitad de la pena mínima** conminada, la misma que resulta razonable, máxime si el vocablo “*hasta*” implica margen de discrecionalidad para que el operador judicial pueda establecer la pena concreta dentro de esos límites, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Bajo esta interpretación el nuevo marco punitivo será *quince años como máximo y siete años y seis meses como mínimo*⁸⁶.

B) *Quantum* de la Pena y Principios Generales del Derecho Penal

Cuadro 9: Sentencias motivadas con los principios generales del derecho penal

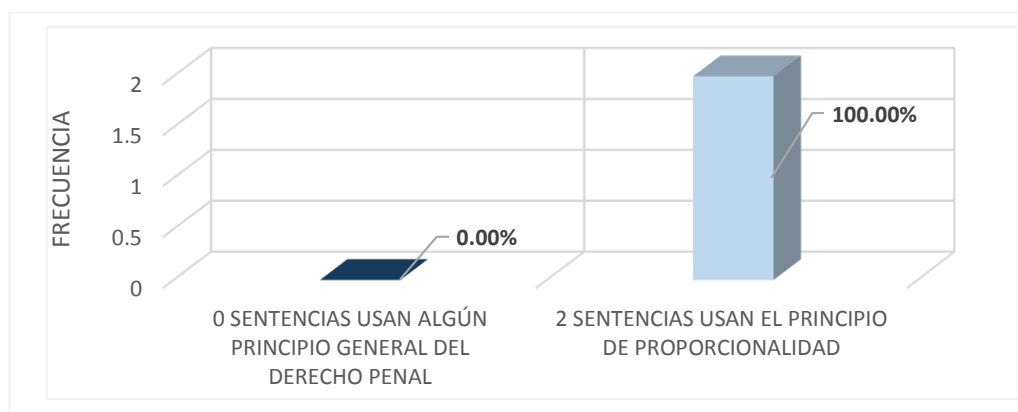
PRINCIPIOS	SENTENCIAS	%
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	2	100.00
OTROS PRINCIPIOS	0	0
TOTAL	2	100.00%

Fuente: Elaboración personal.

⁸⁵ “Prado Saldarriaga, Víctor. *Ob. Cit.* Pág. 67”

⁸⁶ El subrayado, cursiva y negritas es parte del texto de la Sentencia.

Gráfica 13: Sentencias motivadas con los principios generales del derecho penal



Fuente: Elaboración personal.

El segundo método de integración jurídica utilizado por los magistrados, fue el de los principios generales del derecho penal para hacer frente a la laguna legal. Presentes en sólo dos (2) sentencias que representa el 1.11% según la Cuadro 9 y Grafica 16 del total de los criterios adoptados en las sentencias con circunstancias atenuantes privilegiadas, se toma en cuenta el principio de proporcionalidad para realizar una disminución prudencial de la pena exacta. A pesar, de que ambas sentencias califiquen en su texto al factor valorativo como circunstancia atenuante privilegiada, el efecto operativo de la reducción prudencial se realizó sobre la pena exacta o puntual bajo el fundamento de la aplicación del principio de proporcionalidad; empero, las sentencias no hacen referencia a ningún otro principio.

Verbigracia, la Sentencia N° 188-2017-2JP-CSJA de fecha 23 de noviembre de 2017, expedida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial, en el que el acusado de iniciales F.R.L.F. se le atribuye la comisión del delito de Violencia contra la Autoridad (según Acuerdo Plenario N° 01-2016, la pena no debe superar los tres años de pena privativa de libertad):

“QUINTO: Análisis de la pena.-

(...)

c.- Además, en el presente caso el Ministerio Público ha precisado que los hechos se cometieron cuando el acusado se encontraba en estado de ebriedad, al respecto a criterio del Colegiado, la eximente incompleta por estado de ebriedad o

drogadicción, sí constituyen circunstancias atenuantes privilegiadas, conforme al criterio del profesor Roxin, quien sostiene que el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible, siendo que la punibilidad se determina con las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, y precisamente los supuestos antes mencionados son circunstancias que modifican la responsabilidad penal, ello bajo una interpretación de la norma penal *in bonam partem*, vale decir siempre que favorezca al reo. Así se tiene que al concurrir una circunstancia atenuante privilegiada (*eximente incompleta por estado de ebriedad, conforme lo prevé el artículo 21° del Código Penal*), lo que permite una reducción prudencial de la pena, que si bien es cierto este Colegiado tiene ya un criterio establecido, esto es que la pena se reduzca hasta la mitad del tercio inferior a imponerse por el delito, en el presente caso dicha reducción resultaría desproporcional, por consiguiente en el presente caso debe reducirse la pena en forma proporcional, tomando como base el extremo máximo, al tratarse de una pena no mayor a tres años, al cual debe reducirse un año y seis meses de pena privativa de la libertad. Por consiguiente el nuevo marco punitivo respecto al delito de Violencia Contra la Autoridad Agravada, quedaría conformado por una pena **no menor de dos días ni mayor de un año y seis meses de pena privativa de la libertad.**

d.- Luego, tratándose de una terminación anticipada, corresponde la reducción de un sexto ($1/6$) como beneficio premial de reducción de pena (*equivalente a tres meses*), quedando la pena en **un año y tres meses** (*quince años*) de pena privativa de libertad”⁸⁷.

C) *Quantum* de la Pena y Motivación Aparente

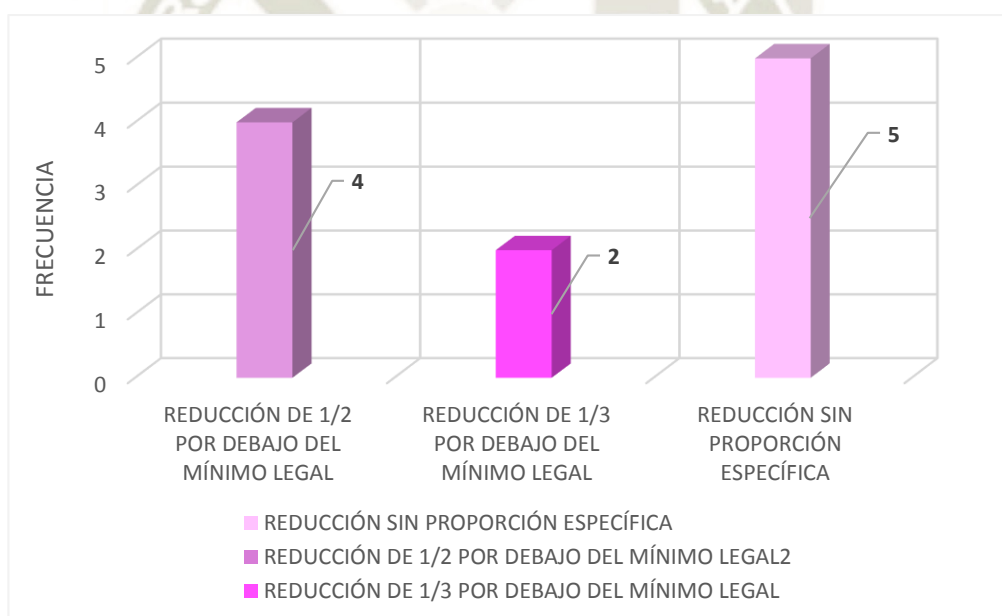
⁸⁷ El subrayado, cursiva y negritas es parte del texto de la Sentencia.

Cuadro 10: Reducción de la pena en las sentencias con motivación aparente

REDUCCIÓN EN LAS SENTENCIAS CON MOTIVACIÓN APARENTE	SENTENCIAS	%
REDUCCIÓN DE 1/2 POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL	4	36.00
REDUCCIÓN DE 1/3 POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL	2	18.00
REDUCCIÓN SIN PROPORCIÓN ESPECÍFICA	5	44.00
TOTAL	11	100%

Fuente: Elaboración personal.

Gráfica 14: Reducción de la pena en las sentencias con motivación aparente



Fuente: Elaboración personal.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC LIMA de fecha 13 de octubre de 2008, caso Giuliana Llamoja; Exp. N° 1480-2006-AA/TC; Exp. N° 3943-2006-PA/TC; y, Exp. N° 1744-2005-PA/TC, establecieron criterios para la correcta motivación de las resoluciones judiciales e indicó diversas formas que podía producirse una indebida motivación, entre las cuales se encuentra la inexistencia de motivación o motivación aparente. Once (11) sentencias han sido las que tienen una motivación aparente sobre el procedimiento

para establecer el *quantum* de la pena; es decir, no brindan las mínimas razones de cómo llegan a individualizar la pena concreta o final en el caso concreto. Sin embargo, en cuatro (4) sentencias se infiere de su lectura que realizaron una reducción de una mitad (1/2) por debajo del tercio inferior; en dos (2) sentencias la reducción fue la de un tercio (1/3) por debajo del tercio inferior; y en cinco (5) sentencias se realizó una reducción sobre la pena exacta sin vincularse a alguna proporción ni haciendo mención del acogimiento de algún principio.

A pesar de que, todas las sentencias califiquen a estos factores como circunstancias atenuantes privilegiadas, en ninguna de ellas, a diferencia del párrafo precedente, usan en su motivación la analogía *in bonam partem* ni los principios generales del derecho penal para sustentar su posición para dar solución a la laguna legal y abordar la pena final o exacta.

Así por ejemplo, se tiene del Fundamento sobre la determinación de la pena contenida en la Sentencia S/N-2017-2JUP de fecha 12 de julio de 2017 recaída en el Exp. N° 01507-2016-43-0401-JR-PE-02 expedido por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal, que:

“SÉPTIMO.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA:

7.1. La pena básica que corresponde al delito es no menor de seis ni mayor de doce años, y de ciento veinte a ciento ochenta días multa atendiendo que la pena solicitada se había formulado por seis años de pena privativa de la libertad y atendiendo que el imputado cuenta con circunstancia atenuante privilegiada (eximente incompleta) –esto es la situación del acusado de padecer dependencia al consumo de drogas en este caso específico del consumo de cannabinoides, conforme el análisis de Químico Toxicológico Nro. 067-2016–, ello de conformidad con el artículo 20° inciso 1° del Código Penal; por lo que el Ministerio Público solicita 56 meses, dado que el acusado no cuenta con antecedentes penales, a los cuales se le reduce un séptimo, llegando a 4 años de pena privativa de la libertad efectiva de las cuales ha cumplido ciento sesenta y nueve días, quedando un saldo de mil doscientos noventa y un días de pena, la cual solicitaron que sea convertida en trabajos comunitarios de 185 días de

jornada en el establecimiento que determine el INPE, además otra regla de conducta es que continúe con el tratamiento.

7.2. Finalmente, resultando la pena acordada de cuatro años, se dan los supuestos para convertir la pena conforme al artículo 52 del Código Penal”⁸⁸.

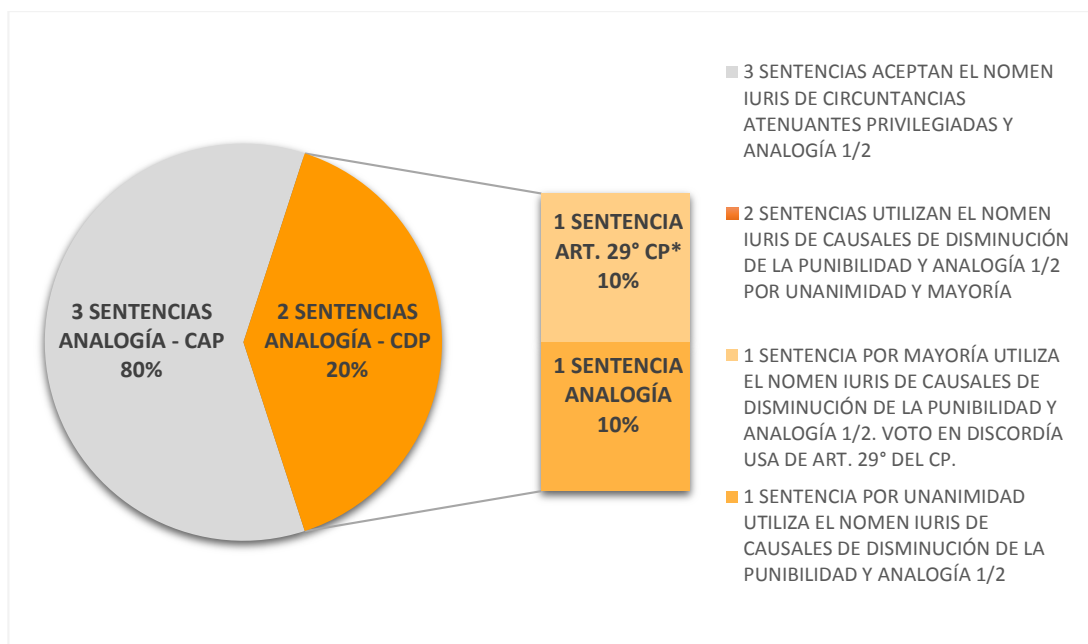
4.5.2.7. Sentencias de vista expedidas en el año 2017 cuando únicamente resuelvan cuestionamientos sobre el *quantum* de la pena por la concomitancia de circunstancias atenuantes privilegiadas

En el año 2017, las Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, dentro de los límites de los recursos interpuestos por las partes del proceso, fueron cinco (5) las sentencias de vista que fueron expedidas que resolvieron –*entre otros pedidos*– cuestionamientos sobre el marco abstracto de la pena ante la concurrencia de una circunstancia atenuante privilegiada. Las cinco (5) sentencias de primera instancia que fueron materia de apelación, determinaron el *quantum* de reducción de la pena por debajo del tercio inferior, mediante el uso de la analogía *in bonam partem* y redujeron el marco abstracto en una mitad (1/2), ello en atención –*según el texto de las sentencias*– que una circunstancia atenuante privilegiada es análogo al efecto operativo de una circunstancia agravante cualificada, en este caso, la reincidencia.

Soslayando el fallo de las sentencias según lo establecido en el artículo 425°, inciso 3) del Código Procesal Penal; únicamente es de nuestro interés y nos ocuparemos de los fundamentos del análisis del proceso de determinación judicial de la pena con atenuantes privilegiadas.

⁸⁸ El subrayado, cursiva y negritas es parte del texto de la Sentencia.

Gráfica 15: Criterios adoptados por los Jueces Superiores para hacer el control sobre la determinación de la pena por debajo del tercio inferior cuando concurra una circunstancia atenuante privilegiada



Fuente: Elaboración personal.

* “**Artículo 29° del Código Penal:** La pena privativa de la libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años”.

La Sentencia de Vista N° 023-2018 de fecha 06 de abril de 2018 recaída en el Expediente N° 04566-2015-77-0401-JR-PE-04, la Sentencia de Vista N° 060-2017 de fecha 06 de junio de 2017 emitida en el Exp. N° 00443-2012-51-0401-JR-PE-0; y, la Sentencia de Vista N° 088-2017 de fecha 03 de agosto de 2017, todas ellas expedidas por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, tiene un criterio que concilia con el asumido por la mayoría (87.55%) de los fallos emitidos por los Juzgados Unipersonales y Colegiados, esto es, aceptar la existencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y con base en ello, realizar una disminución en “hasta” en una mitad por debajo del mínimo legal de la pena establecida para el delito; y, según se desprende del texto de las sentencias, ello como consecuencia de realizar una interpretación sistemática y teleológica de los dispositivos que regulan las circunstancias agravantes cualificadas, como la reincidencia y habitualidad; es decir, realizar una analogía. En consecuencia, validan los fundamentos esgrimidos

por las sentencias de primera instancia sobre el *quantum* de reducción de la pena cuando conconmite una circunstancia atenuante privilegiada.

Por otro lado, se tienen dos (2) Sentencias de Vista que, una por unanimidad (la N° 68-2017 de fecha 14 de junio de 2017 recaída en el Exp. N° 1384-2016-95-0401-JR-PE-01 expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones); y, otra por voto en mayoría (la N° 78-2017 de fecha 10 de agosto de 2017 emitida en el Exp. N° 03570-2013-69-0401-JR-PE-01 expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones) que, como se desprenden de sus fundamentos, no otorgan la misma nomenclatura de “circunstancias atenuantes privilegiadas” en semejanza de la sentencia de primera instancia, las llaman como “causales de disminución de la punibilidad”, citan los fundamentos y el nombre del profesor VICTOR PRADO SALDARRIAGA sobre los efectos operativos de los mismos; sin embargo ambas, validan el procedimiento realizado por el Juzgado Colegiado en primera instancia sobre el uso de la analogía para la rebaja de una mitad (1/2) de la pena conminada como resultado de una interpretación sistemática de la norma.

En relación al voto en discordia de la Sentencia de Vista N° 78-2017, el Magistrado Superior protesta respecto a los efectos de la reducción de la pena realizada en primera instancia que consideró bajo la interpretación de la analogía de una atenuante privilegiada con la reincidencia, disminuyendo la mitad (1/2); ya que, en posición del Magistrado, entonces también podría reducirse dos tercios (2/3) desde el mínimo legal. Lo que explica el Juez Superior, es lo que hemos venido cuestionando a lo largo del Capítulo, sí la analogía *in bonam partem* permite una reducción en favor del *reo* de los efectos jurídicos de las agravantes calificadas en sentido inverso para las atenuantes privilegiadas, esa reducción podría ser desde 1/4, 1/3, 1/2, 2/3 o el doble (x2) por debajo del mínimo legal de la pena conminada; empero, el cuestionamiento radica en porqué 1/2 es la proporción adecuada en favor del *reo* y no una de mayor extensión. Este último análisis es realizado soslayando sí puede aparejarse la naturaleza jurídica de ambas “circunstancias” para realizar el método de integración jurídica de la analogía.

Ante tal problemática, el Juez Superior concilia con la postura adoptada por el profesor CELIS MENDOZA AYMA, esto es que, la pena según lo establecido por el art. 45°-A debe determinarse dentro de los límites fijados por ley; por lo que,

tratándose de la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, para establecer el nuevo mínimo legal debemos remitirnos al artículo 29° del CP que prescribe los límites de las penas temporales; es decir, el nuevo mínimo legal del marco abstracto será la de dos días, y el nuevo máximo será el anterior mínimo de la pena conminada para el delito.

4.5.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Del análisis realizado y de los resultados obtenidos, no es baladí insistir que el actual procedimiento de determinación judicial de la pena cuando concurren en el hecho delictivo “circunstancias atenuantes privilegiadas”, carece de regulación legislativa jurídica; nos referimos a que desafortunadamente el artículo 45°-A inciso 3) del Código Penal no regula la proporción o el *quantum* de la pena que debe reducirse por debajo del mínimo legal cuando ha de presentarse esta clase de circunstancias en el caso concreto, de modo que perdura una laguna en el derecho penal peruano, una situación que no tiene norma reguladora, empero que se estima que debería tenerla, porque en principio dicho texto de la codificación nos refiere la existencia de esta clase de circunstancias y que el efecto operativo de éstas, incidirá en la individualización judicial de la pena concreta que siempre deberá fijarse por debajo del tercio inferior.

En el contexto de una incertidumbre jurídica, se ha pretendido dar soluciones provisionales a falta de una ley o jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia del Perú que determine el *quantum* de rebaja de la pena para los casos en los que se presente aquellas situaciones que la doctrina y algunas sentencias han definido como circunstancias atenuantes privilegiadas: la tentativa, complicidad secundaria, eximentes imperfectas, error de prohibición vencible, error de prohibición culturalmente condicionado vencible y responsabilidad restringida, han sido diversas. En la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en sus sentencias expedidas por los cuatro Juzgados Penales Unipersonales, dos Juzgados Penales Colegiados y cuatro Salas Penales de Apelaciones, durante el año 2017, los fundamentos responden a cuatro criterios de reducción: i) la analogía *in bonam partem*, que crea un nuevo marco abstracto como consecuencia de la reducción en una mitad (1/2) o en un tercio (1/3) por debajo del mínimo legal; ii) los principios generales del derecho penal, en el que la concreción de la pena se realiza mediante la aplicación del principio de proporcionalidad incidiendo directamente en la reducción de la pena

exacta o final sin vincularse a alguna proporción de las circunstancias agravantes cualificadas; iii) la aplicación del artículo 29° del Código Penal como consecuencia de la estricta legalidad exigida en el artículo 45°-A del mismo cuerpo sustantivo, y en el que el nuevo máximo legal será el anterior mínimo legal establecido en el delito y el nuevo mínimo legal será la pena de dos días establecido en dicho artículo correctivo; y, iv) otras formas de reducción bajo una motivación aparente, y que de realizar una inferencia sobre la pena solicitada por el fiscal y la pena ordenada en la parte resolutive, ésta obedece a una reducción de la mitad (1/2), de un tercio (1/3) por debajo del mínimo legal o a una reducción sin proporción específica.

En esta misma línea argumentativa, corresponde entonces, dar respuesta a la hipótesis formulada y que justifica la elaboración del presente trabajo intelectual investigativo:

Dado que, desde la entrada en vigencia del artículo 45°-A con la dación de la Ley N° 30076, ha habido una omisión –*laguna en el Derecho*– respecto a la proporción o límite del *quantum* de la pena que debe reducirse a cada circunstancia atenuante privilegiada, y sin que exista jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia del Perú, hasta en la actualidad: Es probable que, los Jueces de los cuatro Juzgados Unipersonales Penales, dos Juzgados Colegiados Penales y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central en el año 2017, tengan criterios y fundamentos de determinación de pena distintos, afectando el principio y derecho de Igualdad en la Aplicación de la Ley Penal, Seguridad Jurídica y Predictibilidad de los fallos judiciales.

Los criterios y fundamentos para establecer el *quantum* de rebaja de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas en las sentencias expedidas durante el año 2017 de los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados, y en las sentencias de vista de las Salas Penales de Apelaciones, no son uniformes, soslayando el estudio dogmático del *nomen iuris* usado para la calificación de dichos factores que inciden sobre una reducción extraordinaria de la pena por debajo del límite mínimo legal establecido en el delito, dicha reducción indeterminada vulnera principalmente los principios de igualdad en la aplicación de la ley penal, seguridad jurídica y predictibilidad de los fallos judiciales; en consecuencia, la hipótesis formulada en la génesis de la investigación ha sido corroborada afirmativamente.

Asimismo, ninguna de las soluciones abordadas, son acorde a los principios de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho, por las razones que pasaré a explicar a continuación:

En relación a la postura de las sentencias que usan la analogía “*in bonam partem*” y crean un nuevo marco abstracto aplicando analógicamente los criterios porcentuales que corresponden a las circunstancias agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad empero en sentido inverso, es decir una única reducción de una mitad (1/2) o un tercio (1/3) por debajo del mínimo legal para cuando concorra una o más circunstancias atenuantes privilegiadas; debe precisarse en principio que es cierto que el artículo 45°-A, inciso 3, literal a) no indica de manera indubitable el *quantum* de la pena que debe reducirse por debajo del tercio inferior, por lo que ante dicha situación puede, el juzgador, emplear la integración analógica⁸⁹ por inexistencia de una norma que regule los límites punitivos para dichas circunstancias. Sin embargo, la pregunta es: ¿se puede, mediante la analogía, aplicar al caso concreto las reglas o efectos operativos de las circunstancias agravantes cualificadas a falta de regulación legislativa sobre el límite mínimo de las circunstancias atenuantes privilegiadas? La respuesta es no.

La correcta aplicación de la analogía *in bonam partem*, supone equiparar las consecuencias jurídicas de un caso semejante en sustancia al que se pretende dar solución y que por negligencia del legislador no fue prevista su consecuencia jurídica, ésta semejanza involucra que además sea esencial –llamado por la doctrina “*semejanza esencial*”–; es decir, que según el análisis volitivo del juzgador –*motivación*–, no falte ninguna característica del supuesto que lo haga sustancialmente diferente al supuesto de la norma que se ansía aplicar. Hablamos en este punto, de la analogía propiamente hablando y reflejado en el arquetipo del argumento *a pari* representado con el apotegma “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”, ello en atención a que si bien la reducción del *quantum* de la pena ante la concomitancia de una circunstancia atenuante privilegiada no se encuentra prevista en la fuente formal, sin embargo sí existe una fuente formal que aborda otros casos con las mismas características esenciales, por lo que deberá aplicarse entonces la reglamentación de

⁸⁹ No debe confundirse la interpretación extensiva de la analogía, pues la interpretación extensiva –*algunos también la llaman interpretación analógica*– procede cuando el dispositivo normativo si está previsto por el legislador, aun con palabras inadecuadas para su entendimiento; sin embargo, para el uso de la analogía, no debe existir una norma, es un caso que la ley no ha previsto.

este último; en el caso que nos ocupa, éstas fuentes formales podrían ser las consecuencias jurídicas establecidas para las circunstancias atenuantes genéricas y muy discutidamente los beneficios premiales, ya que los efectos operativos –*su semejanza esencial*– de todas ellas está encaminada a la atenuación de la pena.

En ese sentido, ya que para la aplicación de la analogía *in bonam partem* se requiere que, en el caso en concreto analizado, los supuestos sean esencialmente iguales, no resulta coherente que el Juez arequipeño pretenda aplicar analógicamente los criterios porcentuales de las circunstancias agravantes cualificadas para dar solución a la laguna sobre los efectos operativos de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas, pues las razones de agravación de la pena de las primeras son esencialmente diferentes de las razones de atenuación de las segundas, ya que éstas últimas responden a un menor grado de reprochabilidad por el hecho o a un beneficio por cuestiones de política-criminal que ese traduce en la aminoración de la punibilidad.

Asimismo, si bien la aplicación de la analogía supone una verdadera creación de derecho, se encuentra totalmente prohibida al juez la creación de normas de carácter general que se apliquen o extiendan a todos los supuestos o conductas que no prevean su consecuencia en la ley, toda vez que, quien crea los marcos penales generales será siempre el legislador. La analogía no es una fuente para la creación de leyes, sino un mecanismo de solución para las lagunas de la ley, que como trabajo puramente discrecional y volitivo del juzgador, deberá ser siempre motivado en la sentencia. Así, de las sentencias estudiadas, ninguna de ellas da los fundamentos mínimos que habiliten una “integración analógica inversa o negativa” –*sí es que existiese*– y tampoco motivan que la reducción de una mitad (1/2) o un tercio (1/3) por debajo del mínimo legal, atienda a razones de semejanza esencial de una determinada circunstancia atenuante privilegiada con una determinada circunstancia agravante cualificada, sino obedecen a un criterio improvisado. En consecuencia, el criterio de solución de la analogía *in bonam partem* en la determinación del *quantum* de la pena cuando concurra una circunstancia atenuante privilegiada asumido por el Juez arequipeño en i) ciento sesenta y seis (166) sentencias que representan el 99.00% del total de sentencias en la que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, aplica la reducción de en una mitad (1/2) por debajo del tercio inferior en sentido inverso, en atención a que esa proporción está establecida para la reincidencia; y, ii) en una (1)

sentencia que representa el 1% del total de sentencias, aplica la reducción de un tercio (1/3) por debajo del tercio inferior por ser el porcentaje de agravación que le corresponde a la habitualidad, en sentido inverso para su atenuación, no son acorde a los principios de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho por los fundamentos anteriormente desarrollados.

Referente a la segunda postura presente en dos (2) sentencias que representan el 1.11% del total de sentencias expedidas durante el año 2017 en el que concommitte alguna circunstancia atenuante privilegiada, y que usan para hacer frente a la laguna legal únicamente el principio de proporcionalidad, se debe decir lo siguiente. Como fue explicado en el epígrafe dedicado a los principios generales como método de integración jurídica, éstos operan de dos maneras: i) a través de la generación de normas como consecuencia de que la laguna no tenga una semejanza esencial con ningún dispositivo normativo y por tanto no se pueda hacer uso de una interpretación extensiva o analógica, éste uso de los principios, por obvias razones, será de atribución exclusiva del legislador; y, ii) a través de la analogía *iuris*, que consiste en una combinación de la analogía y los principios generales del derecho —*en este caso del derecho penal*—, es decir, recurrir a los principios que se usaron para dar solución a un caso con las mismas características de la laguna.

Siguiendo la misma línea, es oportuno concluir que no es facultad del juzgador la creación de normas de carácter general, por lo que la primera operación con los principios generales del derecho queda exenta del presente debate para la solución de dicha laguna, en tanto que está proscrita como acto jurisdiccional; empero, en relación a la aplicación de la analogía *iuris*, puedo inferir que si bien en las dos (2) sentencias que representan el 1.11% del total de sentencias expedidas, sólo hacen referencia y mención al principio de proporcionalidad —*más no lo desarrollan*— para realizar una reducción sobre la pena concreta, a mi consideración, su abordaje en las mismas no es la correcta y no resultan tener una motivación suficiente, porque la utilización de los principios generales del derecho penal como método de integración jurídica requiere que previamente exista un caso con características similares a la laguna y que por ello se haya recurrido a los principios generales del derecho penal para su solución; en ese sentido, ninguna sentencia alude a un caso previo con similares características, verbigracia pudieron haber usado para su motivación los fundamentos de las

sentencias casatorias –*fundamentos no uniformes*– ante la problemática de la reducción del *quantum* de la pena para las circunstancias atenuantes privilegiadas –*o las que hagan sus veces*–, que como se ha analizado *supra*, algunas de ellas sí mencionan y desarrollan –*aunque escuetamente*– pocos principios generales del derecho penal v.g. el principio de culpabilidad, de lesividad y humanidad de las penas (prevención general y especial). Es menester precisar en este punto a modo de conclusión que, la forma que se pretende dar solución a la determinación del límite mínimo legal para las circunstancias atenuantes privilegiadas, usado tanto en determinadas sentencias de la Corte Suprema y en las dos (2) sentencias que representan el 1.11% del total de sentencias expedidas, no son acorde con los principios generales de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho, por tres razones principales: i) el uso únicamente del principio de proporcionalidad se muestra como una solución intuitiva y las sentencias carecen de motivación sobre su aplicación, ii) mediante el uso del principio de proporcionalidad en las sentencias estudiadas, el Juzgador omitió detallar el procedimiento de determinación de la pena concreta, me refiero a que no realiza una explicación de la oportunidad operativa y momento valorativo de todas las circunstancias concurrentes en el delito, pues si bien ambas sentencias refieren que la reducción es sobre la pena concreta, no puede inferirse de la escueta motivación cómo llega a la pena exacta; y, iii) dado que bajo la aplicación del principio de proporcionalidad –*aun sin motivación*– los jueces determinan la pena concreta por debajo del mínimo legal, no es superfluo admitir que se les atribuye un amplio margen de discrecionalidad, que en la práctica tiene como único límite la pena privativa de libertad de dos días, situación que sin una debida motivación de las sentencias puede dar paso a arbitrariedades.

Por último, aunque la aplicación del artículo 29° del Código Penal haya sido utilizado en una sola Sentencia de Vista para hacer frente al problema sobre los límites de la pena ante la concomitancia de una atenuante privilegiada, tal postura merece igual o mayor atención que los anteriores criterios, ya que es su aplicación sugiere, en un primer momento, ser la adecuada; sin embargo, luego del análisis de tal artículo puedo concluir lo siguiente. La creación, en la historicidad penal de nuestro país, de los plazos mínimos y máximos de la pena privativa de libertad temporal está contenido en el artículo 29° del Código Penal –*Decreto Legislativo N° 982 del 22/07/2007 influenciadas por las STC N° 010-2002-AI/TC del 04/01/2003 y N° 0965-2004-HC/TC*

del 14/01/2005—. De manera general, dicho artículo tiene el propósito de dar solución a las controversias suscitadas en aquellos casos en los que los tipos penales sólo han establecido la pena mínima, o como en el caso *sub examine*, sólo han precisado la pena máxima; es decir, delimitar los límites legales de la pena conminada ante la ausencia de tal especificidad en la consecuencia de los delitos. En ese entendido, ante la problemática del efecto operativo de las circunstancias atenuante privilegiadas: “determinar la pena por debajo del tercio inferior” —*el nuevo límite superior es el anterior límite mínimo legal establecido para el delito, pero ¿cuál es el nuevo mínimo legal?*—, no se puede pretender aplicar el efecto correctivo para los límites legales de la pena privativa de libertad temporal de los tipos penales a una regla auxiliar propia de un proceso de determinación judicial de la pena y que además se encuentra en una etapa posterior a la identificación de la pena conminada; me refiero a que, el uso de artículo 29° del Código Penal supera su oportunidad operativa precisamente en la identificación de la pena caminada para el delito, háyanse o no usado los límites temporales de éste, y es en este momento que culmina la función para la que fue creada. Por otro lado, si bien esta postura pretende crear un nuevo marco penal abstracto por debajo de aquellos tipos penales que especifican su límite mínimo, no se puede soslayar que existen tipos penales que no tienen margen mínimo, por lo que se llegaría al absurdo de determinar una pena por debajo de los días, situación que el mismo artículo 29° termina prohibiendo, pues la duración mínima de una pena privativa de libertad justamente es de dos días.

4.5.4. TOMA DE POSTURA

4.5.4.1. FUNDAMENTO DOGMÁTICO Y OPORTUNIDAD OPERATIVA DE LAS “CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS O CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES EXTRAORDINARIAS”

El sistema de determinación de la pena que acoge nuestro Código Penal, es el de “fijación legal de un marco punitivo o determinación legal relativa”. Éste sistema se comprende de dos tipos de operaciones judiciales que se presentan con distinto margen de apreciación: una actuación complementaria por parte del legislador y una actuación principal por parte del juez en la determinación legal de la pena e individualización judicial de la pena exacta; pues, inicialmente, el legislador renuncia a fijar un marco penal concreto en determinados supuestos, limitándose a

establecer un marco penal general con abstracción de circunstancias relevantes para la gravedad del hecho y remite al órgano judicial la fijación del marco legal —o *marco concreto*— del que debe partirse para la fijación de la pena definitiva. Así, por ejemplo, el legislador establece la pena conminada para los delitos comprendidos en el Libro Segundo del Código Penal; sin embargo, existen alteraciones de las escalas penales que se fijan para los delitos al realizar un estudio de la Parte Especial, es decir, existe una disimilitud en la escala punitiva de las consecuencias de los tipos base y de los tipos específicos, esto es, se establecen escalas generales y especiales, agravadas o atenuadas, dentro de las que el tribunal debe moverse, atendiendo a un criterio cuyas pautas las marcan los artículos 45°, 45°-A y 46° del Código Penal; ya que, a la ley le es imposible la previsión casuística de todas las circunstancias que es necesario ponderar en el caso concreto, por lo que no le resta otro camino que conceder esta facultad de ponderación al juez penal.

El estudio dogmático sobre las alteraciones de las escalas penales generales o especiales, agravadas o atenuadas que se fijan para los delitos, generalmente tienen en cuenta la mayor o menor contenido del injusto, pero eventualmente cuantifican también la mayor o menor reprochabilidad del injusto, la culpabilidad, cuando se refieren a las motivaciones; verbigracia, cuando los elementos subjetivos del tipo que consisten en las ultraintenciones del sujeto pertenecen al injusto, en tanto que las motivaciones pertenecen a la culpabilidad, por lo que, cuando por los motivos se alteran las escalas legales, estas alteraciones provienen de la culpabilidad. Es en este contexto que se concluye que la gravedad del delito se explica según el esquema de la teoría del delito, y se materializa con la determinación del marco penal abstracto, que no es otra cosa que la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario corresponder aplicar como decisión político-criminal al sujeto criminalmente responsable por la comisión de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y que para que sea posible esa “individualización legislativa” de la pena, debe tener como principales principios conducentes y limitantes al i) principio de legalidad, principio de determinación o certeza y principio de taxatividad o tipicidad, ii) principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de lesividad iii) principio de culpabilidad o responsabilidad penal y iv) principio de proporcionalidad, además de la función preventivo general que cumple la pena en

su génesis según la Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin que acoge nuestro proceso penal para alcanzar los fines de la pena.

En esa misma línea discursiva, atendiendo a que las categorías del delito, el injusto y la culpabilidad son esencialmente graduables y que los marcos penales genéricos son proporcionales a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo el marco legal concreto que se fije dentro de dicho marco penal general, tal decisión adopta el juez penal en base a las circunstancias comunes o genéricas – *circunstancias atenuantes o agravantes ordinarias*–, es por ello que, las “circunstancias” entendidas desde la doctrina que las vincula con las categorías del injusto y culpabilidad, dicho de otro modo, estudiadas a partir de la teoría del delito, son aquellas situaciones o elementos accidentales de tiempo, modo, lugar, etc., que gradúan las categorías del injusto y la culpabilidad, en tanto que éstas son esencialmente graduables, y que los efectos que la ley les atribuye sobre la pena corresponden siempre a la teoría de la pena, dentro de la cual han de contemplarse las reglas de determinación de la pena; rechazando así la postura asumida que desde la teoría de la pena se le da a las circunstancias como aquellos elementos accidentales que no afectan la existencia ni esencia del delito, entendiendo al término elementos accidentales como aquellos que son accesorios o que se encuentran en torno o presuponen a lo principal que está constituido por un delito perfecto en su estructura, y que por ello únicamente sólo constituyen “causas de medición de la pena”, en tanto que no afectan a las categorías del delito, sino que operan una vez que el mismo ha sido constatado.

En este punto, no es baladí explicar que a criterio de esta investigadora, no todas las circunstancias –*circunstancias atenuantes o agravantes ordinarias, circunstancias atenuantes o agravantes específicas, circunstancias atenuantes o agravantes extraordinarias*– entendidas desde su vinculación con la teoría del delito, poseen la misma significación a pesar que el común denominador de todas ellas sea que afectan la gravedad o cantidad del delito. El artículo 46° de la Parte General del Código Penal, prevé un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes comunes o genéricas –*circunstancias atenuantes o agravantes ordinarias*– que tienen el efecto de disminuir o aumentar la gravedad de la pena con arreglo a ciertas reglas legalmente establecidas; sin embargo, en la Parte Especial,

el Código también describe numerosos elementos que elevan o disminuyen la cantidad de la pena, siendo su esencial diferencia dogmática con las circunstancias genéricas, que i) su concurrencia es necesaria para la configuración del delito, pues si bien algunos elementos como el dolo o el resultado pueden dejar de darse sin que deje de concurrir el delito, éstos son esenciales en los delitos en que los exige la ley, mientras que las circunstancias genéricas o comunes nunca son exigidas por la ley para la presencia de un delito; en consecuencia, que las “circunstancias” sean elementos accidentales del delito por afectar no a su presencia *–de ellos no depende el ser o existencia del delito–* sino sólo su gravedad o cantidad *–circunstancias atenuantes o agravantes genéticas o comunes–*, no impide que afecten también a los elementos esenciales del delito, aumentando o disminuyendo su cantidad *–hay una disminución o aumento de gravedad de sus elementos, sin dar lugar a un cambio de delito; v.g. circunstancias específicas o circunstancias atenuantes extraordinarias–*; ii) la Parte Especial del Código Penal destina normas de manera independiente a las circunstancias específicas, empero todas las circunstancias comunes o genéricas se encuentran catalogadas en el artículo 46° de la Parte General; y iii) si bien la mayoría de circunstancias comunes o genéricas modulan el injusto y la culpabilidad, no puede negarse que dentro del catálogo previsto al efecto en el Código Penal, existen aquellas que no pueden ser explicadas a partir de dichas categorías *–como las atenuantes de los acápites e), f), g) y h) del numeral 1. del artículo 46° del CP cuya configuración se basa en hechos posteriores al delito–*, sino en función de exigencias político-criminales directas, vinculadas a consideraciones utilitaristas, pragmáticas y a los fines del derecho penal. Esta última posición ecléctica está siendo aceptada cada vez con mayor fuerza en el derecho penal comparado, pues, ciertas circunstancias genéricas no tienen vinculación con las categorías del delito, sino deben su existencia en razón de objetivos político-criminales asociados al fomento de conductas específicas que el sistema considera como especialmente beneficiosas y que responderían a la lógica de un incentivo o un premio en función a su verificación. Por consiguiente, las circunstancias genéricas o comunes se dotan de una doble fundamentación: una función dogmática y una función político-criminal, lo que a mi criterio, es una opción correcta.

En el Perú, constantemente se le ha dado una significación heteróclita al término “circunstancias” que ha propiciado confusión no sólo sobre su naturaleza jurídica

sino sobre sus efectos operativos en el proceso de determinación de la pena –v.g. *la problemática sobre los efectos operativos de las circunstancias atenuantes privilegiadas o extraordinarias*–. Como punto de partida, el estudio dogmático en nuestro país de los mismos ha sido inexistente; no obstante la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N° 1-2008/CJ-116 en el Fundamento Octavo –y repetido en el *Fundamento Cuarto de la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ*–, indicó que “[s]e denominan circunstancias a aquellos factores objetivos y subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible”, hasta lo aquí indicado en el Pleno, nos hace conjeturar que los fundamentos dogmáticos dados a las circunstancias se apegan a la posición sobre su vinculación a la teoría del delito, ya que, en la acotada definición arguye de manera universal que las circunstancias modulan las categorías del delito, sin precisar si afectan o no a la gravedad o su cantidad; empero, años más adelante, el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CIJ-116 en el Fundamento Veintidós, sin mediar explicaciones sobre su hermenéutica, cambia el término circunstancias por el de “causas de disminución o aumento de punibilidad”, que, como ya se ha indicado anteriormente, dicho término identifica a las circunstancias desligadas de la teoría del delito e insertas sistemáticamente en la teoría de la pena, lo que finalmente desde ésta última posición, incluiría a) aceptar a las circunstancias únicamente como elementos accesorios y que operan una vez que el delito ha sido constatado, lo que implicaría que el término “causas de disminución de la punibilidad” estaría inevitable y especialmente creado para las circunstancias genéricas o comunes, más no para las circunstancias específicas o circunstancias atenuantes extraordinarias; y b) se negaría la existencia de un procedimiento con un sólo e igual criterio que realiza primero el legislador y luego el juzgador, ya que a mi consideración, asumir a las circunstancias a partir de su vinculación con la dogmática de la teoría del delito, supone que no exista “una solución de continuidad” entre la cuantificación legal y la que realiza el tribunal, como propone el estudio desde el seno de la teoría de la pena, sino que se trata de “una misma cuantificación”, en razón, principalmente del principio de proporcionalidad, en el que la ley señala la pena conforme al delito sin entrar en mayores particularidades del caso concreto, siendo al juez al que corresponde precisar una correlación más estricta entre la cuantía del delito y de la pena. Entre

la cuantificación que formula el legislador al establecer la escala general para el delito y la que precisa el juez al cuantificar la pena en concreto, media una complementación, que significa la culminación de un mismo proceso llevado adelante con igual criterio, sólo que delegando en el juez un grado de precisión que el legislador no puede darle, porque depende de las circunstancias concretas de cada caso, sumamente variables e imponderables. En conclusión, otorgar un *nomen iuris* y hermenéutica específica a las circunstancias, involucra haber realizado o expresar una aceptación de los fundamentos dogmáticos de las mismas, según su vinculación con la teoría del delito o desde el seno de la teoría de la pena.

Ahora bien, teniendo claro que las categorías del delito son esencialmente graduables y que los marcos penales abstractos establecidos por el legislador –*para los tipos base y específicos*– son proporcionales a la gravedad del delito en abstracto, no puede negarse que en la Parte General del Código Penal, existen otros elementos accidentales que están esencialmente vinculados normativamente a los elementos esenciales del delito, al injusto y a la culpabilidad de los tipos base o específicos, me refiero a las “circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias atenuantes extraordinarias⁹⁰”, que si bien, tienen una mayor eficacia atenuatoria en parangón con las circunstancias genéricas o comunes, se diferencian especialmente de aquellas en que no afectan la gravedad sino la presencia del delito, dicho de otro modo, las circunstancias comunes o genéricas no son exigidas para la configuración del delito, pues son accesorias o periféricas a las categorías, mientras que las circunstancias atenuantes privilegiadas estudiadas desde su vinculación con la teoría del delito, se construyen a partir de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de un delito.

Habiendo explicado la naturaleza jurídica de las circunstancias en mención, rechazo la posición que en nuestra judicatura últimamente ha aflorado y que ha indicado limitadamente que las circunstancias atenuantes privilegiadas no constituyen *per se* “circunstancias”, porque al parecer para dicha postura, usar el término circunstancias está creado especial y únicamente para aquellos factores que

⁹⁰ Usar el término “circunstancia atenuante extraordinaria”, evita una confusión por razones de significación del término “privilegiada”; asimismo, permitirá explicar racionalmente con el sentido de la palabra, una posible compensación con una “circunstancia agravante extraordinaria”, evitando llamarla “cualificada”, término en el derecho penal comparado, específicamente en legislaciones que aceptan la vinculación de las circunstancias con las categorías del delito, está vinculado a su origen judicial y a convertir a una atenuante genérica en una de eficacia atenuatoria extraordinaria, es decir en una circunstancia atenuante cualificada.

rodean a la conducta punible; sin embargo, como ya se ha indicado, a costa de parecer temática, el término circunstancias a partir de su vinculación con la teoría del delito, involucra entenderlas como aquellas situaciones o elementos accidentales de tiempo, modo, lugar, etc., que gradúan las categorías del injusto y la culpabilidad, pudiendo afectar tanto a sus elementos esenciales como a su presencia, aumentando o disminuyendo su cantidad o gravedad. Asimismo, de la revisión de los Acuerdos Plenarios, Casaciones, Recursos de Nulidades, Resoluciones Administrativas emitidas por la Corte Suprema del Perú, no encontramos una definición que devenga de un estudio dogmático de las circunstancias atenuantes privilegiadas; y, la doctrina, además de la anteriormente mencionada que le niega la naturaleza de “circunstancia”, exclusivamente se ha restringido a describir los posibles efectos jurídicos, tópico que será analizado párrafos más adelante.

Esta eficacia extraordinaria de atenuación, la tienen en nuestra legislación: el error de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado vencible, tentativa inacabada, eximentes imperfectas y complicidad secundaria. Su vinculación con las categorías del delito se da de la siguiente manera: i) el error de prohibición no pertenece a la tipicidad, ni se vincula con ella, sino que es un problema de culpabilidad. Se le llama error de prohibición al que recae sobre el conocimiento⁹¹ y la comprensión de la antijuridicidad de la conducta; por un lado, el error es invencible cuando con la debida diligencia, el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad del injusto y por tanto el efecto es eliminar la culpabilidad; sin embargo, cuando el error es vencible, no afecta a la tipicidad dolosa o culposa, pues su presencia ha de confirmarse, sino el efecto índice en la reprochabilidad, es decir, en la culpabilidad. No obstante, puede haber casos en el que el sujeto conoce la prohibición o la falta de permiso, sin embargo, no le es exigible su comprensión, a éste error se le denomina ii) error de comprensión, que impide la internalización o introyección de la norma, es decir, afecta la comprensión de la antijuridicidad pero no el conocimiento de la pauta; y, por tanto, será error de comprensión culturalmente condicionado, cuando la ausencia de comprensión de la

⁹¹ Recordemos que según doctrina, el error que afecta el conocimiento de la antijuridicidad, puede ser: directo, cuando recae sobre el conocimiento de la existencia de una norma prohibitiva; o, indirecto, cuando recae sobre la permisión de la conducta, cuando hay una falsa suposición de la existencia de un permiso que en realidad la ley no otorga o cuando se cree que se encuentra ante una situación de justificación (o llamada justificación putativa).

norma se deba a que el individuo que se ha desarrollado en una cultura distinta, ha internalizado desde niño las pautas de conducta de su cultura, más no las normas positivas de la nuestra; iii) la tentativa inacabada; en principio, la tentativa según la doctrina que la concibe como un delito incompleto⁹², es aquella en la que el sujeto activo practica todo o parte de los actos ejecutivos, empero no se dan todos los caracteres típicos porque la conducta se detiene en la etapa ejecutiva⁹³ o porque no se produce el resultado⁹⁴. En ese sentido, la tentativa requiere siempre de dolo –*el dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado*–, es decir, querer la realización del tipo objetivo, en consecuencia, el dolo que obviamente integra el injusto como una característica de la tipicidad dolosa, permite averiguar la tipicidad de la tentativa⁹⁵ por la afectación de la tipicidad de un delito doloso. Ahora bien, existen dos clases de tentativa, la tentativa acabada que consiste en la realización de todos los actos necesarios para la producción del delito, sin embargo éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo; y, la tentativa inacabada, en el que el sujeto interrumpe voluntariamente la realización de la conducta típica, vale decir, únicamente se desiste de continuar actuando. La primera de ellas la he excluido del grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas, atendiendo a que, sí la tentativa tiene una doble fundamentación de su punibilidad, porque i) existe dolo y ii) hay la exteriorización de ese dolo mediante una acción íntegra y abstractamente peligrosa –*un plan*– que pone en peligro un bien jurídico –*lo que también ayuda a diferenciar las clases de tentativa, que dicho sea de paso, no ha sido diferenciado en nuestra codificación*–; en consecuencia, el elemento decisivo para distinguir a la tentativa acabada de la inacabada, no es otra que el plan del autor, más no el grado de peligro sufrido por el bien jurídico, en ese entendido, cuando concorra completamente el injusto –*el tipo subjetivo del injusto, lo que ocurre en la tentativa*

⁹² Doctrina acertada, pues permite su vinculación con la tipicidad de los tipos base o específicos contenidos en la Parte Especial del Código Penal; sin embargo, desde la doctrina que la concibe como un delito independiente, evitan su vinculación con los tipos de la Parte Especial, lo que a mi punto de vista, es inasible; toda vez, que en nuestra codificación de *lege referenda* sería necesaria la creación de marcos típicos para todos los delitos tentados.

⁹³ La conducta se detiene en la etapa ejecutiva, cuando existe tentativa inacabada, esto es, cuando el autor no ha hecho aún todo lo que parecía necesario según su plan para originar el resultado, en otras palabras, se abstiene de seguir actuando; y, desistimiento voluntario, cuando según el plan del autor una vez creado todas las condiciones para el resultado, éste desarrolla una actividad de signo contrario orientada a impedir el resultado (artículo 18° del Código Penal peruano).

⁹⁴ Cuando el resultado de la acción no deviene de la voluntad del autor, nos encontramos ante una tentativa acabada, en el que el autor, según su plan, realizó todos los actos necesarios para lograr la consumación, pero éste no ha tenido lugar por acontecimiento del azar, más no a la voluntad del sujeto activo.

⁹⁵ El artículo 16° del Código Penal peruano, amplía la tipicidad con la fórmula de la tentativa para abarcar aquellos actos que implica un comienzo de la ejecución de un delito, sin embargo la tipicidad de la tentativa se encuentra vinculada a la tipicidad de los tipos de la Parte Especial.

acabada–, no existe razón para castigar el hecho con una pena menor que el delito consumado, pues el plan ha sido realizado en su totalidad como en el delito consumado; empero, sí el planeamiento no materializó el injusto, se admitirá racionalmente la aminoración de la punibilidad, atendiendo precisamente a la menor gravedad del injusto o menor desvaloración de la acción, lo que ocurre en el caso concreto con la tentativa inacabada; iv) las eximentes imperfectas, tal como está descrita en el Código Penal: “cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad”, a diferencia de las anteriores atenuantes privilegiadas, carece de tipicidad propia en la medida que se encuentran vinculadas normativamente a la tipicidad de las causas de justificación o exculpación; sin embargo, a mi juicio, a través de esa vinculación, se permite la graduación de la antijuridicidad ante la falta de algún requisito para la existencia total de un estado de necesidad justificante o exculpante, pues si bien importa una conducta dolosa, es decir, la constatación de una conducta típica, en el ámbito de la antijuridicidad falta un requisito de justificación que afecta el contenido de la antijuridicidad, es decir, se trata de un injusto menor pero no extinto⁹⁶; v) la complicidad secundaria; en primer término de manera general, la participación⁹⁷ es el aporte doloso que se hace al injusto de otro y que es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor, por ello *per se* su tipicidad tiene el carácter de referencial o accesoria al de un injusto ajeno, en el que presupone que la conducta del autor sea típica y antijurídica. Atendiendo a que, como ya se ha indicado en el apartado dedicado a la tentativa, el dolo se encuentra ubicado en el injusto, podemos sostener racionalmente que el fundamento de la punición de la participación radica en que “favorece” una conducta dolosa y antijurídica de otro, sin que para ello se entrometa la culpabilidad; asimismo, esa postura en la doctrina está respaldada por el fundamento lógico de la teoría de la accesoriedad limitada de la complicidad⁹⁸, en el que explica que la participación es accesoria a una conducta típica y antijurídica (injusto). De esta manera, el favorecimiento para la realización de una conducta típicamente dolosa y antijurídica de otro, diferencia entre la complicidad

⁹⁶ Es más antijurídica la conducta que comienza y termina siendo antijurídica, que la que comienza siendo conforme a derecho –*ante una causa de justificación o exculpación*– y termina siendo antijurídica.

⁹⁷ Instigación y complicidad.

⁹⁸ Rechazándose así las teorías de la accesoriedad mínima –*la participación es accesoria de un conducta típica*– y accesoriedad extrema –*la participación es accesoria a una conducta típica, antijurídica y culpable*–. Para la teoría de la accesoriedad extrema, que ubica el dolo en la culpabilidad y funda la punición de la participación en una pura participación de la causación del resultado del autor, resulta ser inasible, pues podría darse la participación en el injusto de un inimputable, por lo tanto, esa inimputabilidad del autor beneficiaría al partícipe y éste último quedaría impune.

primaria de la complicidad secundaria, en que la primera el cómplice realiza un aporte necesario sin el cual el autor del delito no hubiere podido cometerlo, sin embargo, en la complicidad secundaria, ese favorecimiento no es necesario o esencial, habiendo por tanto, una menor participación para la materialización en el injusto de otro. Por último, para que la participación *–complicidad secundaria–* sea punible, se requiere que el hecho principal que realiza el autor se encuentre en etapa ejecutiva *–aunque no consumativa–*, es decir, que el injusto al menos sea tentado; es por ello, que se admite la participación en la tentativa, que es precisamente cuando la participación comienza ser típica, rigiendo en este caso los mismos fundamentos de la punición de la complicidad secundaria de manera general, empero, sobre la punibilidad del delito tentado.

Para materializar el proceso de determinación de la pena con uno sólo e igual criterio basado en el principio de proporcionalidad y que permita la valoración de todas las “circunstancias” presentes en el delito, es necesario la creación de un marco penal intermedio entre el fijado primariamente por el legislador *–marco penal abstracto de los tipo base y específicos–* y en el que operarán las circunstancias comunes o genéricas *–marco penal concreto–*.

Para la determinación de este marco penal intermedio, se requiere de la creación y delegación por parte del legislador al juzgador de reglas auxiliares que puedan aplicarse a todos los supuestos en los que concurran las circunstancias atenuantes privilegiadas. Estas reglas auxiliares deben conciliar con el sistema de determinación de la pena que acoge nuestro Código Penal, que es el de “fijación legal de un marco punitivo o determinación legal relativa”, que involucra que el legislador determine una pena o marco penal abstracto o general legítimamente imponible bajo la estricta respetabilidad del principio de culpabilidad, en tanto fundamento de la medición de la pena; y, que se encuentre delimitada por dos coordenadas: un límite mínimo y límite máximo de la pena, función arraigada como reacción ante la arbitrariedad judicial y que además facilita que el juez penal reciba en mayor medida la labor de concreción del marco legal.

Aquí, es preciso indicar que no debe confundirse los dos ámbitos de operatividad de la culpabilidad, pues en el proceso de determinación de la pena, si bien ambos están estrechamente vinculados, en rigor, cada uno se utiliza de manera indistinta;

en ese sentido, la doctrina indica que tienen incidencia u operatividad en el proceso de determinación de la pena de la siguiente manera: como presupuesto o fundamento de la pena y en el ámbito de la determinación de la pena. Como presupuesto o fundamento –*aunque no exclusivo*– de la pena –*culpabilidad como categoría sistemática de la teoría del delito*–, materializa el principio no hay pena sin culpabilidad, es decir, en este caso el principio de culpabilidad exige que la sanción penal a imponer sólo sea posible si el autor pudo conocer la antijuridicidad del injusto, haya obrado con dolo o culpa o incluso bajo error; en cambio, en el ámbito de la determinación de la pena –*en donde se utiliza propiamente el término “principio de culpabilidad”*–, la culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor dado que la medida de la pena –*es decir, su gravedad*– debe ser proporcional a la gravedad del reproche, proporcionalidad regulada a través de un conjunto de garantías que coadyuvan a prohibir a imponer una pena por encima o por debajo de la gravedad de la culpabilidad en *lato sensu*, es decir, en el que no sólo se entiende integrada a la culpabilidad en el sentido dogmático del concepto del delito, sino también se encuentra inserta la gravedad del injusto del hecho. Por ello, cuando se habla de la construcción de un marco penal abstracto adecuado a la gravedad de la culpabilidad en el ámbito de la determinación de la pena, ya se encuentra inserta en la gravedad de la culpabilidad, la gravedad del injusto; en ese escenario, el marco penal abstracto adecuado a la culpabilidad del autor se verá influenciado por el menor o mayor desvalor del injusto y la culpabilidad, y por tanto, será menos o más grave.

Ya que las circunstancias atenuantes privilegiadas modifican la gravedad de los delitos en su tipo básico y específicos –*y se vinculan al injusto de las causas de justificación*–, serán los marcos penales abstractos los que se verán afectados con la concurrencia de los mismos por el menor grado de reprochabilidad, propiciando la creación de un marco penal abstracto intermedio –*me refiero que operativamente primero se identificará el marco penal general o abstracto para el delito, luego se determinará el marco penal abstracto intermedio como consecuencia de la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes privilegiadas; y, por último, la individualización de los marcos penales concretos*– que represente dicho menor grado de reprochabilidad sobre el marco penal abstracto establecido para el delito consumado. En principio, es imperativo la creación de un marco penal abstracto

intermedio, ya que permite la valoración de todas las circunstancias concurrentes en el delito, es decir, el marco penal abstracto intermedio que se creará ante la concurrencia de una circunstancia atenuante privilegiada –o la suma de dos marcos penales abstractos como ocurrirá en el caso de participación en la tentativa– después de la identificación del marco abstracto establecido para el delito, permitirá que el juzgador, dentro de dicha escala, valore todas y cada una de las demás circunstancias atenuantes y agravantes genéricas o comunes.

Por lo tanto, la oportunidad operativa para la determinación del marco penal abstracto intermedio por la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, siempre será en un momento posterior a la identificación del marco penal general o abstracto establecido para el delito y en un momento anterior a la funcionabilidad del resto de circunstancias genéricas o comunes, ello deberá estar establecido legalmente y la actividad de concreción del marco será delegada por el legislador al juez mediante reglas auxiliares que se aplicarán a todos los supuestos en los que conconite alguna circunstancia atenuante privilegiada.

Los principios limitantes del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en la etapa legal de la producción de marcos punitivos, abordados a lo largo de la presente investigación –i) principio de legalidad, principio de determinación o certeza y principio de taxatividad o tipicidad, ii) principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de lesividad iii) principio de culpabilidad o responsabilidad penal y iv) principio de proporcionalidad, además de la función preventivo general que cumple la pena en su génesis según la Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin que acoge nuestro proceso penal para alcanzar los fines de la pena–, constituyen fuente conducente para la creación del baremo racional y no puramente numérico de las circunstancias atenuantes privilegiadas.

Debemos partir indicando que, se concibe a las escalas penales generales o abstractas establecidas en la Parte Especial del Código Penal, para los delitos consumados, es decir, cuando cumplan con plenitud las categorías del delito y por tanto exista una reprochabilidad absoluta que será determinada sin desbordar sus márgenes mínimo o máximo según las circunstancias genéricas o comunes; empero, ante la concurrencia de una circunstancia atenuante privilegiada, no hay una completa reprochabilidad del delito; en ese entendido, existe un menor grado de

culpabilidad en relación del delito consumado, más no una culpabilidad extinta – *del delito*–, lo que conduce racionalmente a crear una escala abstracta intermedia – *menor grado de culpabilidad del delito*– reducida en la mitad ($1/2$) por debajo del mínimo legal o pena conminada, escala proporcional que representa el punto medio –*entre el mínimo legal establecido en el delito y la ausencia de pena*– pues en dichos casos no hay una reprochabilidad pero tampoco una irreprochabilidad absoluta por la comisión del delito.

Siendo la mitad o $1/2$ por debajo del mínimo legal indicado para el delito, el nuevo límite mínimo de la escala como consecuencia de la concurrencia de una circunstancia atenuante privilegiada y el anterior mínimo legal establecido para el delito, el nuevo máximo de dicha escala, corresponde cuestionarse sí la aplicación de dicha regla será para todas las circunstancias atenuantes privilegiadas. Para responder al cuestionamiento, concluí que, existe un menor y también mayor grado de culpabilidad según cada circunstancia atenuante privilegiada; pues, según los fundamentos dados líneas arriba sobre la vinculación de estas circunstancias extraordinarias a las categorías del delito, existe una diferenciación en el grado de culpabilidad en las circunstancias atenuantes privilegiadas: hay un mayor grado de culpabilidad en el error de prohibición vencible y error de comprensión culturalmente condicionado vencible en parangón con la gravedad del injusto de la tentativa inacabada, eximentes imperfectas y complicidad secundaria, que es menor. En resumen, cuando la afectación es al injusto –*como categoría del delito*– hay un menor grado de culpabilidad, a diferencia de cuando la afectación es a la culpabilidad –*como categoría del delito*–, en donde hay un mayor grado de culpabilidad dentro del margen legal.

Pues bien, una vez asumido que sí existe un mayor grado de culpabilidad en el error de prohibición vencible y error de comprensión culturalmente condicionado vencible a diferencia con la gravedad del injusto de la tentativa inacabada, eximentes imperfectas y complicidad secundaria, que es menor; resulta racionalmente proporcional, dividir la escala primigenia de $1/2$, en dos, para ubicar en el cuarto superior ($1/4$ por debajo del mínimo legal) a aquellas circunstancias atenuantes privilegiadas que importan un mayor grado de culpabilidad; y, hasta el cuarto inferior, es decir, hasta en la mitad ($1/2$ por debajo del mínimo legal) a

aquellas circunstancias atenuantes privilegiadas que importan un menor grado de culpabilidad.

Gráfica 16: La culpabilidad de los tipos base y específicos como determinante para la construcción de los marcos penales genéricos para cada circunstancia atenuante privilegiada

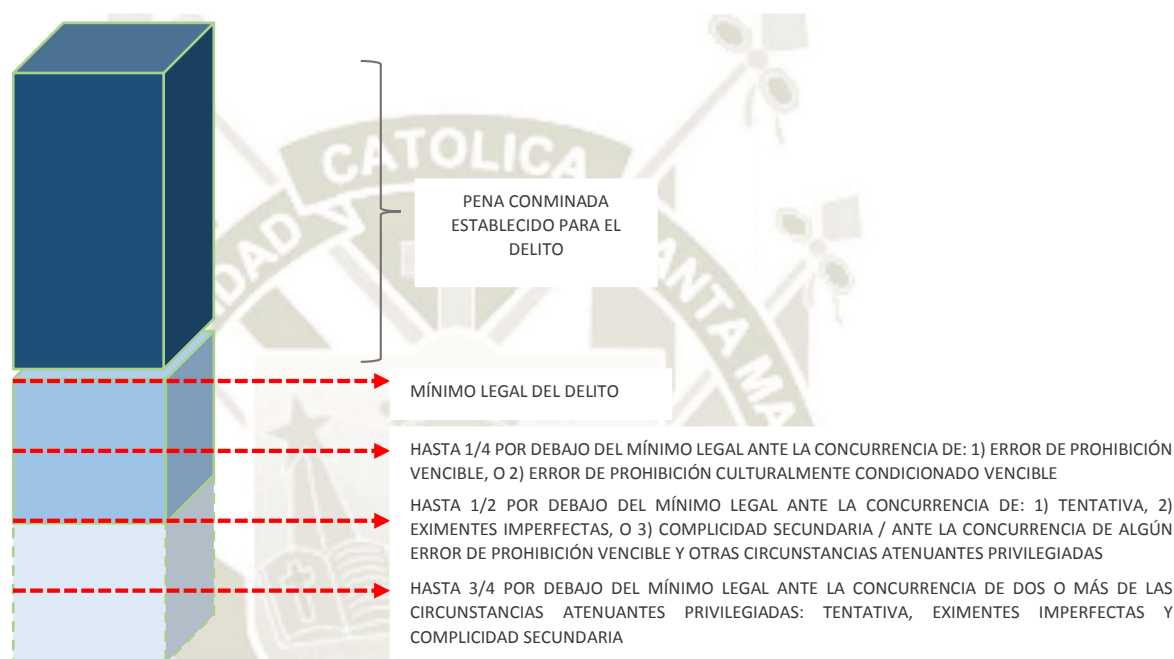


Fuente: Elaboración propia.

La prima escala o marco penal abstracto, que se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo en un cuarto ($1/4$) de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo, representa el mayor grado de culpabilidad y por tanto un mayor grado de reprochabilidad ante un error de prohibición vencible o error de prohibición vencible culturalmente condicionado vencible del grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas. La segunda escala o marco penal abstracto, que se establece igualmente partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y se deduce en una mitad ($1/2$) de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo, representa un menor grado de culpabilidad y en consecuencia un menor grado de reprochabilidad ante la concomitancia de una tentativa inacabada, eximente imperfecta o complicidad secundaria.

Por otro lado, es innegable que en determinados casos se presenta la concurrencia simultánea de dos o más circunstancias atenuantes privilegiadas, ante dicho problema es menester una solución que se encuentre amparado en el principio de culpabilidad, y sobre todo, en el principio de proporcionalidad. Atendiendo al criterio que ha sido explicado en el presente epígrafe, la solución ha de ser la

Gráfica 17: Marcos penales genéricos para las circunstancias atenuantes privilegiadas



Fuente: Elaboración propia.

Ante la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes privilegiadas en un delito que se le es imputado a un sujeto específico, los márgenes penales abstractos se verán afectados por la pluralidad de circunstancias que afectarán el grado de culpabilidad y reprochabilidad en mayor extensión. Así: i) ante la concurrencia de algún error de prohibición vencible –*error de prohibición vencible o error de prohibición culturalmente condicionado vencible*– y alguna otra circunstancia atenuante privilegiada: tentativa inacabada, eximentes imperfectas o complicidad secundaria, la escala primigenia establecida para los errores de prohibición vencible, deducidas en un cuarto (1/4), se verán aumentadas en un cuarto (1/4), teniendo como resultado, una escala con un máximo legal que será el anterior mínimo establecido para el delito, y con un mínimo legal creado por la deducción

de una mitad ($1/4+1/4=1/2$); es decir, la reducción $-1/4-$ se verá aumentada siempre en un cuarto ($1/4$); ii) ante la concurrencia de dos o más de las circunstancias atenuantes privilegiadas: tentativa inacabada, eximentes imperfectas o complicidad secundaria, su escala primigenia de una mitad ($1/2$) por debajo del mínimo legal, se verán aumentadas en un cuarto ($1/4$), teniendo como resultado, una escala con un máximo legal que será el anterior mínimo establecido para el delito, y con un mínimo legal creado por la deducción de tres cuartos ($3/4$) ($1/2+1/4$); es decir, la reducción $-1/2-$ se verá aumentada siempre en un cuarto ($1/4$). Dichos marcos penales abstractos de carácter general que serán establecidos por el legislador, no hacen sino pretender ser adecuados a la gravedad de la culpabilidad por el hecho y delegar al juzgador en mayor medida la labor de concreción del marco legal a través de reglas auxiliares para su configuración, evitando, lo que sucede en la actual praxis judicial, otorgar un mayor ámbito a la discrecionalidad, que pocas veces se diferencia de la arbitrariedad.

Hasta lo aquí indicado, la reducción del *quantum* de la pena según las circunstancias privilegiadas concurrentes en el delito, serán de aplicación para aquellos tipos penales en el que se prevé el límite mínimo legal de pena privativa de libertad; no obstante, para aquellos tipos legales en los que no se prevé el límite mínimo de pena privativa de libertad, la solución ha de ser distinta, pues resultaría inasible el ensayo de las mismas reglas, ya que ante una pena mínima legal de dos días *–por aplicación del artículo 29° del Código Penal–* establecido en el delito, llegaríamos al absurdo de que la pena ante la concurrencia de una atenuante privilegiada, estaría entre doce, veinticuatro o treinta y seis horas a cuarenta y ocho horas (dos días), ello por cuanto el nuevo máximo lo constituiría el anterior mínimo, esto es, dos días; mientras que el mínimo por la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes privilegiadas, sería la deducción de $1/4$, $1/2$ o $3/4$ de aquel, es decir, medio día, un día o un día y medio. Por ello, ante casos en los que la pena resulte ínfima e irrisoria para efectos de imponer una pena privativa de libertad, en otras palabras, cuando por aplicación de las reglas anteriores se proceda a imponer una pena de prisión inferior a dos días, éste será en todo caso sustituida por otras clases de pena: limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación) o multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito que se trate (también podrían incluirse a la

conversión de la pena). En este contexto, queda excluido la pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución, pues el mismo artículo 29° del Código Penal afirma que no puede existir una pena privativa de libertad menor a dos días, por tanto esta regla prohíbe la imposición de una pena privativa de libertad, aunque fuera suspendida; asimismo, también queda apartado la pena restrictiva de libertad, ya que su aplicación está condicionada a que el extranjero haya cumplido una pena privativa de la libertad o por la concesión de un beneficio penitenciaria, situación que para el caso que nos ocupa, no resulta útil.

Por último, y en contraposición a las penas divisibles, la cadena perpetua⁹⁹ se presenta como un problema menor. La cadena perpetua entendida en el derecho nacional, sólo es constitucional si se prevé mecanismos temporales de excarcelación, vía concesión de beneficios penitenciarios u otros mecanismos que tengan por objeto evitar una pena intemporal; uno de aquellos mecanismos, es precisamente el beneficio penitenciario de la revisión de la pena de cadena perpetua, que consiste en que al término de la ejecución de los treinta y cinco años de pena privativa de libertad impuestos por la comisión de un delito penado con cadena perpetua, los jueces previa revisión de las sentencias y de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el artículo 59-A° del Código de Ejecución Penal, dispondrá mantener o declarar cumplida la pena, ésta última situación se dará como consecuencia de la rehabilitación del penado. Dado que los tipos penales conminados con cadena perpetua, establecen únicamente una pena plenamente individualizada –*sin un mínimo legal ni un máximo legal*– y por ende proporcional para la culpabilidad del hecho, corresponde sustituirla por una pena privativa de libertad temporal, que será hallada mediante el procedimiento aplicado ante la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas desarrollado párrafos precedentes, empero tomándose como mínimo legal primigenio para el desarrollo de la deducciones, la pena de treinta y cinco años.

⁹⁹ El artículo 1° del Decreto Legislativo N° 921 del dieciocho de enero de dos mil tres, dispuso que la pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

CONCLUSIONES

PRIMERO: Los Jueces de los cuatro Juzgados Unipersonales Penales, dos Juzgados Colegiados Penales, y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en el año 2017, han adoptado cuatro criterios para dar solución a la laguna legal. Como postura dominante, utilizaron el método de integración jurídica en sus dos vertientes, por analogía *in bonam partem* y la utilización del principio de proporcionalidad; y en menor cantidad, la aplicación del marco correctivo establecido en el artículo 29° del Código Penal; y, reducciones bajo motivación aparente.

SEGUNDO: En esa misma línea discursiva y en atención a la imperecedera omisión del legislador y jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia del Perú en dar solución a dicha laguna, se corrobora que no existe uniformidad en las posturas sobre la proporción o *quantum* de la pena que debe reducirse, como es inexistente un criterio parigal de sí la reducción se realiza sobre el marco penal abstracto, marco penal concreto o pena exacta o puntual.

TERCERO: La inexistencia de uniformidad en las posturas que motivan la naturaleza jurídica, oportunidad y efectos operativos de las circunstancias atenuantes privilegiadas para la reducción de la pena sobre el marco penal abstracto, marco penal concreto o pena exacta o puntual, propician la vulneración de los principios de los justiciables: a la igualdad en la aplicación de la Ley penal, seguridad jurídica y predictibilidad de los fallos judiciales.

CUARTO: Es a través del análisis de los fundamentos de la doctrina y del derecho comparado, que se reafirma la existencia de las llamadas “circunstancias atenuantes privilegiadas” –*únicamente al error de prohibición, error de prohibición culturalmente condicionado vencible, tentativa, responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal y complicidad secundaria*–; empero, estudiadas a partir de la vinculación con las categorías del delito, esto es, estudiadas desde el seno de la teoría del delito, que motiva la graduación de la categoría culpabilidad para la creación de marcos penales abstractos intermedios por la afectación de los marcos penales abstractos de los delitos en su tipo base y específicos. Asimismo, la creación de estos marcos, deben materializar estrictamente los fines de la pena que nuestro país debe acoger, es decir,

aquella concepción que pregon a la teoría mixta o unificadora, empero respetando las particularidades de nuestro modelo político de Estado.



PROPUESTA

Única: Con base en las conclusiones del presente trabajo intelectual investigativo y, principalmente, ante la postura planteada por esta investigadora, se recomienda al Congreso de la República del Perú, como órgano encargado de las funciones legislativas, el debate y la aprobación del siguiente Proyecto de Ley, que bajo el análisis de los fundamentos dogmáticos de la naturaleza jurídica y oportunidad operativa de las circunstancias atenuantes privilegiadas, se establecen taxativamente su existencia en el derecho penal peruano y la proporción o *quantum* de la pena que debe reducirse ante la concurrencia de una o más de tales circunstancias en determinado delito.

I. PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14°, ARTÍCULO 15°, SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 16°, ARTÍCULO 21°, SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25° Y LITERAL A) DEL NUMERAL 3. DEL ARTÍCULO 45°-A DEL CÓDIGO PENAL, E INCORPORA EL ARTÍCULO 45°-B AL CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 1°. OBJETO DE LA LEY

La presente Ley tiene por objeto modificar el segundo párrafo del artículo 14°, artículo 15°, segundo párrafo del artículo 16°, artículo 21°, segundo párrafo del artículo 25° del Código Penal y literal a) del numeral 3. del artículo 45°-A del Código Penal, e incorporar el artículo 45°-B al Código Penal.

ARTÍCULO 2°. MODIFÍQUESE LOS ARTÍCULOS 14°, 15°, 16°, 21°, 25° Y 45°-A DEL CÓDIGO PENAL

Modifíquese el segundo párrafo del artículo 14°, artículo 15°, segundo párrafo del artículo 16°, artículo 21°, segundo párrafo del artículo 25° y literal a) del numeral 3. del artículo 45°-A del Código Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 14°. Error de tipo. Error de prohibición.

(...)

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Constituye circunstancia atenuante privilegiada cuando el error fuere vencible, en este caso se reduce el marco penal abstracto hasta en un cuarto por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

Artículo 15°. Error de comprensión culturalmente condicionado.

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder cometer el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Constituye circunstancia atenuante privilegiada, cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, en este caso se reduce el marco penal abstracto hasta en un cuarto por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

Artículo 16°. Tentativa.

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

Constituye circunstancia atenuante privilegiada, cuando la tentativa sea inacabada, en este caso se reduce el marco penal abstracto hasta en una mitad por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

Artículo 21°. Responsabilidad atenuada.

Constituye circunstancia atenuante privilegiada, en los casos del artículo 20°, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, en este caso se reduce el marco penal abstracto hasta en una mitad por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

Artículo 25°. Complicidad primaria y secundaria.

(...)

Constituye circunstancia atenuante privilegiada, al que, de cualquier modo, hubieran dolosamente prestado asistencia, en este caso se reduce el marco penal abstracto hasta en una mitad por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

Artículo 45°-A. Individualización de la pena.

(...)

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, el marco penal abstracto se determina de la siguiente manera:

a) Tratándose de la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes, el marco penal abstracto se determina por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

(...)"

ARTÍCULO 3°. INCORPÓRESE EL ARTÍCULO 45°-B AL CÓDIGO PENAL

Incorpórese el artículo 45°-B al Código Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 45°-B. Otras reglas ante la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

1. Tratándose de la concurrencia simultánea de más de una circunstancia atenuante privilegiada, el marco penal abstracto se determina por debajo del mínimo legal establecido para el delito, de la siguiente manera:

a) Ante la concurrencia de algún error de prohibición vencible y otras circunstancias atenuantes privilegiadas, el marco penal abstracto se reduce hasta en una mitad por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

b) Ante la concurrencia de dos o más de las circunstancias atenuantes privilegiadas: tentativa inacabada, eximentes imperfectas y complicidad secundaria, el marco penal abstracto se reduce hasta en tres cuartas partes por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible cometido.

2. Cuando por aplicación de las reglas que se apliquen ante la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes privilegiadas, se proceda a imponer una pena privativa de libertad inferior a dos días, éste será en todo caso sustituida por otras clases de pena: limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días

libres e inhabilitación) o multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito que se trate.

3. Ante tipos penales conminados con cadena perpetua, para efectos de aplicar las reglas por concurrencia de una o más circunstancias atenuantes privilegiadas, se tendrá como mínimo legal del marco penal abstracto a la pena privativa de libertad temporal de treinta y cinco años”.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA: VIGENCIA DE LA LEY

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Contenido del epígrafe “Toma de Postura” de la presente investigación.

III. INCIDENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Se pretende la modificación al Código Penal dentro del Capítulo II “Aplicación de la Pena”, del Título II “De las Penas”, del Libro Primero “Parte General”, del segundo párrafo del artículo 14°, artículo 15°, segundo párrafo del artículo 16°, artículo 21°, segundo párrafo del artículo 25° del Código Penal y literal a) del numeral 3. del artículo 45°-A del Código Penal, e incorporar el artículo 45°-B “Concurrencia plural de circunstancias atenuantes privilegiadas”.

La presente iniciativa legislativa, no irriga gastos al Estado.

IV. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

En cuanto a los beneficios que persigue la presente norma, se encuentran, principalmente, evitar la vulneración de los principios de seguridad jurídica, igualdad en la aplicación de la ley penal y predictibilidad de los fallos judiciales, dado que, se encontrará taxativamente previsto en la codificación la proporción o *quantum* de la pena

que debe reducirse ante la concomitancia de una o más circunstancias atenuantes privilegiadas en un delito.



BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francesco. (1960). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Uteha Argentina. Buenos Aires.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. (2006). *Código Penal y De Procedimiento Penal Anotado*. 10° Edición. Editorial Leyer. Bogotá – Colombia.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. (2015). *Determinación Judicial de la Pena. Nuevos Criterios*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Ara Editores. Lima.

BACA BARRERA - ROJAS VARGAS - NEIRA HUAMÁN. (1999). *Jurisprudencia penal procesos sumarios*. Gaceta Jurídica. Lima.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín. (2011). *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. (2008). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4° Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. EDDILI. Lima.

BRUNS, Hans-Jünger. (1979). “Der Bestimmtheitsgrad” der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht. 2° Ed. Germany.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. (2004). *Derecho Penal. Parte General. Obras Completas*. Ara Editores. Lima.

CABANELLAS Guillermo. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Tomo V. 26° Edición. Argentina.

CABANELLAS Guillermo. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Tomo VI. 26° Edición. Argentina.

D’ALESSIO, Andrés José – Divito, Mauro A. (2005). *Código Penal Argentino comentado y anotado. Parte General (Artículos 1° a 78° bis)*. Tomo I. Editorial La Ley S.A. Buenos Aires.

CASTILLO ALVA José Luis. (2002). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 1º Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

CASTILLO ALVA José Luis - URQUIZO OLAECHEA José - SAN MARTÍN CASTRO Cesar - CARO CORIA Carlos - REYNA ALFARO Luis Miguel - BRAMONT-ARIAS TORRES Luis - VILLAVICENCIO TERREROS Felipe, et al. (2004). *Código Penal Comentado – Tomo I, Título Preliminar, Parte General*. 1ra Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN StGB. CÓDIGO PROCESAL PENAL ALEMÁN StPO. (2001). [Traducido del alemán por Emilio Eiranova, Juan Ortiz De Oriega (Forscher IEDC), Cristina Larios Sánchez (Übersetzer IEDC), Juan Carlos Peg Ros (Forscher IEDC), y Ana Monreal Díaz (Juez)]. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. (1991). *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. Ediciones Universidad de Salamanca. 1º Edición. Universidad de Salamanca. España.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Real Academia Española. (2001). Editorial Espasa Calpe. Tomo II. 22º Edición. Madrid.

ETCHEBERRY, Alfredo. (1995). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. En PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto - DEMETRIO CRESPO, Eduardo - VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando - VAN WEEZEL, Alex - COUSO, Jaime. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. 1º Edición. Editorial Instituto Pacífico. Lima.

GARCÍA CAVERO, Percy. (2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley. Lima.

GONZÁLES CUSSAC, José Luis. (1995). *Presente y futuro de las circunstancias modificativas. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Madrid. C.G.P.J.

GONZÁLES CUSSAC, José Luis. (2011). *Esquemas de Derecho Penal, Parte General*. Nueva edición actualizada según la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal. Tirant lo Blanch. Valencia.

HENDLER, Edmundo S. (2001). *Las Garantías Penales y Procesales*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires.

HURTADO POZO, José. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ra Edición. Editorial Grijley. Lima.

HURTADO POZO, José - PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2011). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Tomo II. 4° Edición. Editorial Idemsa. Lima.

JAKOBS, Günther. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Madrid.

JESCHECK, Hans-Henrich - WEIGEND Thomas. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 5° Edición, corregida y ampliada. [Traducción del alemán por Miguel Olmedo Cardenete]. Editorial Comares S.L. Granada.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1950). *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*. 2° Edición. Tomo II. Editorial Losada S.A. Buenos Aires.

KAUFMANN, Arthur. (1961). *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg, Carl Winter. Universitätsverlag.

LLORCA ORTEGA, José. (2004). *Manual de Determinación de la pena*. 6° Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. (2015). *Presupuesto Acusatorio, Determinación e Individualización de la Pena en el Proceso Penal*. Jurista Editores. Lima.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. (23 de agosto de 2017). *Determinación de la pena. Legalidad y proporcionalidad. Circunstancias atenuantes privilegiadas*. Legis.pe. Recuperado de <https://legis.pe/determinacion-la-pena-legalidad-proporcionalidad-circunstancias-atenuantes-privilegiadas/>

MIR PUIG, Santiago. (1986). *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. Bosch. Barcelona.

MIR PUIG, Santiago. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. PUU.

MIR PUIG, Santiago. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor. 5° Edición. Barcelona.

MIR PUG, Santiago. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 6° Edición. Editorial Reppertor. Barcelona.

MIR PUIG, Santiago. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2° Edición. Editorial Montevideo-Buenos Aires. Buenos Aires.

MIR PUIG, Santiago. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. 8° Edición. Editorial Montevideo-Buenos Aires. Buenos Aires.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. (1997). *Diccionario de Derecho Penal. Analítico – Sistemático*. Editorial Porrúa. México.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Editorial Gaceta Jurídica S.A. 1° Edición. Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. (2010). *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Editorial Idemsa. 1° Edición. Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto - DEMETRIO CRESPO, Eduardo - VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando - VAN WEEZEL, Alex - COUSO, Jaime. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. 1° Edición. Editorial Instituto Pacífico. Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y Nuevo marco legal*. Editorial Idemsa, Lima.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Volumen II. Pacífico Editores. Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Lima.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2016) *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Volumen I. 1° Edición. Legales Editores. Lima.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. (1978). *Derecho Penal. Parte General*. 1º Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid.

ROJAS VARGAS, Fidel. (2012). *Código Penal. Dos Décadas de Jurisprudencia*. Tomo I. Ara Editores. Lima.

ROSAS ALCÁNTARA, Joel - ORÉ GUARDIA, Arsenio. (2016). *Cómo el TC reinterpreta el derecho penal y procesal penal*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

ROXIN, Claus. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Civitas S.A. Madrid.

RUBIO CORREA, Marcial. (1995). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. 7º Edición. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

SATAY BOTERO, Nelson. (2015). *Dosificación judicial de la pena*. 3º Edición. Editorial Leyer. Bogotá.

SOLER, Sebastián. (1945). *Derecho penal argentino*. Editorial La Ley. Tomo II. Buenos Aires.

TITTO PUCA, Yolanda Soledad. (2011). *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. 1º Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. 3º Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. 4º Edición. Editorial COMLIBROS Y CIA. LTDA. Bogotá.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2006). *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Grijley. Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2009). *Derecho Penal – Parte General*. Editorial Jurídica Grijley. 1ra Edición. Lima.

WELZEL, Hans. (1956). *Derecho Penal. Parte General*, [Traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra con la colaboración del Sr. Eduardo Friker]. Roque Depalma Editor. Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1983). *“Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal”*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. N° 8, 1983. Medellín.

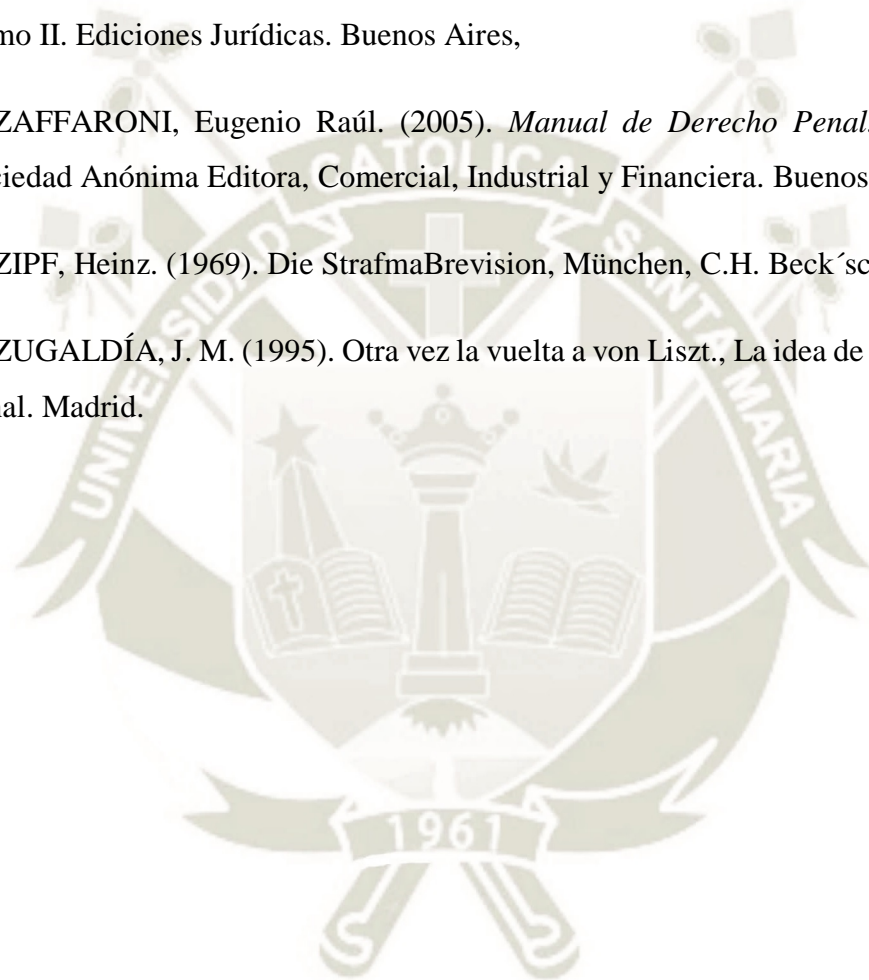
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires.

ZIPF, Heinz. (1969). *Die Strafrechtsgeschichte*, München, C.H. Beck'sche.

ZUGALDÍA, J. M. (1995). *Otra vez la vuelta a von Liszt., La idea de fin en el Derecho Penal*. Madrid.



ANEXO: Proyecto de Investigación

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho



**“CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA
CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES
PRIVILEGIADAS, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
AREQUIPA – SEDE CENTRAL, 2017”**

Proyecto de Tesis presentado por la

Bachiller:

Hinojosa Ordoñez, Jhessdy Milena

Para optar el Título Profesional de:

Abogada

Arequipa – Perú

2018

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Presentado por: Jhessdy Milena Hinojosa Ordoñez

1. TÍTULO

“CRITERIOS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA – SEDE CENTRAL, 2017”

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 30076, el 20 de agosto del 2013, que incorporó el artículo 45-A en el Código Penal, se ha advertido una laguna legal en el procedimiento de determinación judicial de la pena, específicamente cuando concurren, en el hecho delictivo, circunstancias atenuantes privilegiadas.

El artículo 45-A establece en el literal a) de su inciso 3, que: “3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior”. Es decir, no indica el límite por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena.

Esta laguna legal, genera incertidumbre en los justiciables y operadores del Derecho Penal, ya que, no en pocos casos, concurren dichas circunstancias atenuantes privilegiadas contenidas en la Parte General del Código Penal: error de prohibición (artículo 14), error de prohibición culturalmente condicionado (artículo 15), tentativa (artículo 16), responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo 21), responsabilidad restringida por la edad (artículo 22), y la complicidad secundaria (artículo 25).

La Casación N° 626-2013-Moquegua, de 13 de junio del 2015, ha establecido como causales de disminución de la punición, en jurisprudencia vinculante a: “Trigésimo primero. (...) error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), (...)”. No obstante, la Corte Suprema de Justicia del Perú no ha establecido en jurisprudencia vinculante, sobre cuál debe ser el criterio jurídico que se deba adoptar ante dicha laguna en la determinación judicial de la pena.

Por otro lado, el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal realizado en Moquegua el 09 y 10 de junio del 2017, se ha limitado a señalar como conclusión plenaria, sobre la determinación de la pena, cuando concurren atenuantes privilegiadas, que: “(...) *pese a no existir límites previstos por el legislador, es viable establecerlos a nivel (por una interpretación sistemática y teleológica) “jurisprudencial”*”.

En doctrina, ante una laguna en el Derecho, existen Mecanismos de Integración Jurídica, que son: la Analogía y los Principios Generales –en este caso– del Derecho Penal. Siendo que, por principio, la analogía sólo se aplica en Derecho Penal, *in bonam partem*, para favorecer al Reo.

Por lo que, es necesario conocer cuál es el criterio o postura que han adoptado los Jueces de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el año 2017, ante casos en los que han concurrido circunstancias atenuantes privilegiadas. Así como, advertir si la solución es uniforme y si ésta es acorde a los principios de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho.

3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

3.1. Relevancia Jurídica

Si bien con la dación de la Ley N° 30076, se ha tenido la intención de establecer un procedimiento de determinación de la pena, el legislador ha omitido establecer el *quantum* de la pena o el límite por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción cuando concurren, en el hecho delictivo, circunstancias atenuantes privilegiadas.

Laguna legal, que genera incertidumbre jurídica y que hasta el momento la Corte Suprema no ha emitido jurisprudencia vinculante para su solución; por lo que, resulta jurídicamente importante y necesario analizar los criterios o posturas que han adoptado nuestros Magistrados de los cuatro Juzgados Unipersonales Penales, dos Juzgados Colegiados Penales, y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el año 2017, en sus sentencias sobre la determinación judicial de la pena, cuando concurren en el hecho delictivo, circunstancias atenuantes privilegiadas.

3.2. Relevancia Académica

La investigación que se realizará, tiene como finalidad obtener información cierta y precisa sobre los criterios adoptados por los Jueces de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en el año 2017, ante la laguna legal advertida en el Derecho Penal sustantivo, específicamente, en la determinación del límite legal mínimo en el marco punitivo, cuando concurren, en el hecho delictivo, circunstancias atenuantes privilegiadas.

Asimismo, se revisará el criterio adoptado por el Derecho Comparado. La posición de los juristas peruanos, para finalmente sentar nuestra posición.

3.3. Relevancia en la Actualidad

Aún el problema no ha encontrado solución en la Ley, ni en la jurisprudencia.

4. MARCO TEÓRICO:

4.1. Determinación o individualización judicial de la Pena: Eugenio Raúl Zaffaroni precisa que: “La individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización. (...) Para ello, frecuentemente la ley contiene escalas generales o especiales, dentro de las que el tribunal debe moverse, atendiendo a un criterio cuyas pautas las marcan los art. 40 y 41 del CP. A la ley le es imposible la previsión casuística de todas las circunstancias que es necesario ponderar en el caso concreto, por lo que no le resta otro camino que conceder esta facultad de ponderación al tribunal. Las normas a aplicar para la particularización de la pena en cada caso han dado lugar a un capítulo especial del derecho penal que últimamente se ha llamado particularmente en Alemania, “derecho de cuantificación de la pena”. ”¹⁰⁰

Por su parte, Aldo Figueroa Navarro, define: “*La determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal. Esto es, no es cualquier decisión la que lleva a determinar la calidad y el quantum de la pena abstracta o pena concreta, por la comisión de un hecho punible. Se trata de una decisión de carácter técnico, por un lado, pero también de carácter valorativo, por otro, que debe tener una utilidad; vale decir, ha de estar orientada a la consecución de una finalidad, asociada a los diversos objetivos que se han atribuido a la pena en el ámbito del derecho penal. En síntesis, la determinación de la pena es toda decisión político criminal tendiente a definir la calidad y el quantum de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible.*”¹⁰¹

En la misma línea argumentativa, respecto a la determinación judicial de la pena, Bramont Arias y Bramont-Arias Torres, explican que: “*La determinación o individualización judicial de la pena se trata de aquel procedimiento de carácter*

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal – Parte General II”, Ediciones Jurídicas, Tomo II, Buenos Aires, abril del 1986, p. 869.

¹⁰¹ FIGUEROA NAVARRO, Aldo, “La reforma penal de la determinación judicial de la pena”, disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_07.pdf

técnico –por la ponderación de la teoría dogmática del delito aplicada a la sentencia final– y de carácter valorativo –por la ponderación de la teoría probática a la sentencia final–, que se relaciona con aquella decisión que debe adoptar un juzgador (penal) dentro de un proceso judicial”¹⁰².

De la vasta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tenemos algunas definiciones destacables, a saber, la contenida en el Recurso de Nulidad N° 3864-2013-Junín¹⁰³, en la que en su fundamento sexto precisa: *“La determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso sub iúdice y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que alcanza a su autor y partícipe”*; así también, el Recurso de Nulidad N° 3496-2015-Lima Sur¹⁰⁴, ha destacado en su fundamento séptimo: *“(…), la determinación de la pena como materialización de los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto, debe realizar conforme con los fines de la misma, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva y la prevención especial; es decir, el quantum debe ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una dimensión dentro de los límites normativos, razonando conforme con el injusto y la culpabilidad del encausado, de acuerdo con la concepción material del delito, en la expectativa de la resocialización y reincorporación social y la afirmación del derecho ante la colectividad”*.

4.2. Circunstancias Atenuantes Privilegiadas: Ante el cuestionamiento sobre la existencia –por un sector de la doctrina– de las circunstancias atenuantes privilegiadas en nuestro Código Penal, el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal¹⁰⁵, concluyó por mayoría que: *“El Pleno acordó por MAYORÍA que sí existen atenuantes privilegiadas en nuestra legislación (...)”*.

¹⁰² BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *“Código Penal anotado”*, 2001, p. 84. En REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *“Manual de Derecho Penal – Parte General II”*, Volumen II, Editorial Instituto Pacífico SAC, Lima 2014, p. 1334.

¹⁰³ Recurso de Nulidad N° 3864-2013-Junín publicada el 01 de febrero del 2015. Ejecutoria vinculante expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

¹⁰⁴ Recurso de Nulidad N° 3496-2015-Lima Sur del 06 de marzo del 2017, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

¹⁰⁵ Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal, realizado en la ciudad de Moquegua los días 09 y 10 de junio del 2017.

Confirmando, lo que la Casación N° 626-2013-Moquegua¹⁰⁶, estableció en jurisprudencia vinculante, como causales de disminución de la punición en su fundamento trigésimo primero: *“El artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica en tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancias generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos, (...)”*

4.3. Determinación Judicial de la pena, cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas:

1.3.3. Marco Legal: El artículo 45-A, inciso 3, acápite a), sobre el marco legal, cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, establece que: *“Artículo 45-A. (...) 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior. (...)”*¹⁰⁷

4.4. Laguna del Derecho: Al respecto, Marcial Rubio, argumenta: *“La laguna del Derecho, puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a una laguna, no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto. (...) Esto ocurre a nuestro juicio en tres casos: cuando existe una ratio similar entre la situación prevista y la que aparece como laguna del Derecho; cuando no dar solución jurídica a la laguna generaría un*

¹⁰⁶ Casación N° 626-2013-Moquegua, publicada el 27 de febrero del 2016, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

¹⁰⁷ Artículo 45-A incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 30076, publicado el 19 de agosto del 2013.

agravio a los principio generales del Derecho; y, cuando estamos ante una laguna técnica.”¹⁰⁸

Por otro lado, la Academia de la Magistratura en material de lectura dedicada a la Función Jurisdiccional, ha dicho en torno a la laguna del Derecho: *“Tales situaciones configuran hipótesis de incapacidad de cobertura o cobertura imperfecta de la realidad por la norma jurídica, que se sistematizan en el defecto y la deficiencia normativas. Por defecto normativo se entiende la insuficiencia de las normas existentes para regular claramente los fenómenos factuales. Mientras que, la deficiencia normativa alude al vacío, ausencia o inexistencia de norma alguna para regular la realidad concreta que, se conoce como “laguna del Derecho”. Las soluciones que la teoría general del Derecho plantea para el defecto y la deficiencia normativas son la interpretación y la integración jurídicas, respectivamente*”¹⁰⁹

4.5. Mecanismos o Métodos de Integración Jurídica: Marcial Rubio, la define de la siguiente manera: *“La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se sabe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado.”* También, explica que: *“(…) la integración jurídica, es un aspecto de la producción de normas jurídicas, que entra en funcionamiento dentro del sistema cuando estamos ante una laguna del Derecho.”*¹¹⁰ En ese sentido, la Academia de la Magistratura, citando a Molero Manglano, ha destacado que: *“Los métodos de integración jurídica son dos: la analogía y la aplicación de los principios generales del Derecho.”*¹¹¹ Sobre la analogía como método de integración jurídica, es preciso destacar que, nuestra Carta Magna en el inciso 8 del artículo 139, establece, sobre los Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional, que: *“8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.”* Sin embargo, el argumento en contrario nos permite extraerla del inciso 9 del mismo artículo de la Constitución Política, pues ella señala, que: *“9. El principio de inaplicabilidad por analogía de*

¹⁰⁸ RUBIO CORREA, Marcial, *“El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”*, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 280.

¹⁰⁹ HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, Material de Lectura para el programa de formación de aspirantes a magistrados: *“Función Jurisdiccional”*, Lima, 2000, p. 106. Disponible en línea: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/160>

¹¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial, *“El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”*, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 279.

¹¹¹ MOLERO MANGLANO, 1987, p. 90. En Material de Lectura elaborado por HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, para el programa de formación de aspirantes a magistrados: *“Función Jurisdiccional”*, Lima, 2000, p. 111. Disponible en línea: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/160>

la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.” Limitación que se le da al Derecho Penal, y se permite su aplicación en otros campos. Por lo que, aunque la analogía no aparezca expresamente en la ley como un procedimiento de integración jurídica, se extrae del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución, su aplicación como un método de integración jurídica.

4.5.1. La Analogía: Marcial Rubio, define de modo genérico a la analogía, como:

*“La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia.”*¹¹² Por su parte, la Academia de la Magistratura, parafraseando a Molero Manglano, ha señalado que: *“La analogía es el proceso por el que resulta factible aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de manera directa y especial, por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto pero con el cual el caso guarda semejanza esencial.”*¹¹³

➤ **La Analogía en el Derecho Penal:** Sin embargo, como ya vimos párrafos anteriores, la Constitución Política de 1993, en el inciso 9 del artículo 139, regula la inaplicabilidad de la analogía en el Derecho Penal *in malam partem*, principio que también ha sido consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, en el preceptúa que: *“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que le corresponde.”*

Así tenemos, de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N°2235-2004-AA, sobre la prohibición de la analogía, *in malam partem*, que: *“Sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales solo pueden*

¹¹² RUBIO CORREA, Marcial, *“El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”*, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 283.

¹¹³ MOLERO MANGLANO, 1987, p. 90. En Material de Lectura elaborado por HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, para el programa de formación de aspirantes a magistrados: *“Función Jurisdiccional”*, Lima, 2000, p. 111. Disponible en línea: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/160>

establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, in malam partem, de las normas que restrinjan derechos.”¹¹⁴

La analogía, en la dogmática nacional Penal, es explicada por José Luis Castillo Alva, Cesar San Martín Castro y otros autores, comentando el Código Penal, de la siguiente manera: *“Actualmente la ciencia o dogmática penal de un Estado democrático de derecho, correctamente establece diferencias entre la analogía in malam partem (institución jurídica perjudicial para el reo) y la analogía in bonam partem (instrumento jurídico favorable para el reo). Sólo la aplicación de la primera estaría proscrita o prohibida por el Derecho Penal, mientras que la segunda –en virtud de ser favorable al reo– sería lícita y en consecuencia permitida.”¹¹⁵ (...) La analogía in malam partem se caracteriza por ampliar el alcance de los ámbitos de aplicación de las leyes que crean o agravan penas, restringiendo con ello los ámbitos de libertad del reo. La analogía in bonam partem es aquella que discrimina los hechos o sirve para atenuar la pena. La prohibición de la analogía se dirige a proscribir el argumento por analogía como medio de creación o de extensión de los tipos penales de la parte especial o de presupuestos de punibilidad, así como de creación o de agravación de las penas, medidas de seguridad u otras consecuencias accesorias. (...) Con la prohibición de la aplicación de la analogía en contra del reo el legislador busca evitar la creación o agravación de delitos y sanciones penales (penas o medidas de seguridad) más allá de lo expresamente señalado en la ley o lo que emana de su sentido teleológico posible. La creación de delitos como la incorporación*

¹¹⁴ STC, Expediente N° 2235-2004-AA, FJ. 8. En CARO JOHN, José Antonio, “Diccionario de Jurisprudencia Penal – Definiciones y conceptos de derecho penal y derecho procesal penal, extraídos de la Jurisprudencia”, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007, p. 36.

¹¹⁵ CERESO MIR, José. “Curso de Derecho Penal español”, Tomo 1, Tecnos, Sexta edición, Madrid, 1998. Págs. 170 y 173, quien sostiene que de acuerdo a la redacción actual del Código Penal español solo es posible plantear la aplicación de la analogía in bonam partem para las atenuantes, mas no para las eximentes de responsabilidad penal; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Curso de Derecho Penal español”. Universitas. Madrid, 1996. Pág. 170; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Fundamentos de Derecho Penal”. Tirant lo Blanch. Tercera edición. Valencia, 1993. Pág. 300; BACIGALUPO, Enrique. “Principios de Derecho Penal”. Akal. Cuarta edición. En CASTILLO ALVA & URQUIZO DLAEHEA & SAN MARTÍN CASTRO & CARO CORIA & REYNA ALFARO & BRAMONT-ARIAS TORRES... VILLAVICENCIO TERREROS, “Código Penal Comentado – Tomo I, Título Preliminar, Parte General”, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2004, p. 79.

*de agravantes, así como la fundamentación de la pena, únicamente pueden realizarse mediante una ley previa, escrita, estricta y cierta. Esto significa que en un Estado democrático de Derecho se prohíbe la creación, mediante la analogía iuris, de un Derecho Penal paralelo o alterno al creado por el legislador.*¹¹⁶

Por su parte, James Reátegui Sánchez, señala que: *“La diferencia del Derecho penal y las restantes ramas del ordenamiento jurídico consiste en que ésta, el juez debe llenar los vacíos (lagunas) sirviéndose de cualquier disposición o principio general que sea compatible con el Derecho vigente. (...) De manera que un método para llenar esos vacíos sería a través de la analogía, que supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análoga a otros sí comprendidos en el texto legal. (...) sí es admisible cuando la analogía favorece al reo (in bonam partem) en tanto y cuanto no sea arbitraria, se ha dicho también que ésta analogía no vulnerará el límite garantizador del ciudadano frente al Estado.*¹¹⁷

4.5.2. Principios Generales del Derecho: Como método de integración jurídica, Marcial Rubio, los define como: *“El otro método de integración jurídica reconocido por la teoría del Derecho, es la recurrencia a los principios generales del Derecho. En relación a ellos, existen dos normas complementarias en nuestra legislación.”*¹¹⁸ Y, los define como: *“Los principios generales del Derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento.”*¹¹⁹

¹¹⁶ CASTILLO ALVA & URQUIZO DLAEHEA & SAN MARTÍN CASTRO & CARO CORIA & REYNA ALFARO & BRAMONT-ARIAS TORRES... VILLAVICENCIO TERREROS, “Código Penal Comentado – Tomo I, Título Preliminar, Parte General”, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2004, p. 80.

¹¹⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “Tratado de Derecho Penal Parte General – Volumen I”, Legales Editores, Volumen I, Primera Edición, 2016, p. 429.

¹¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial, “El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 296.

¹¹⁹ RUBIO CORREA, Marcial, “El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 301.

➤ **Principios Generales del Derecho Penal:** En Derecho Penal, destaca José Luis Castillo Alva, que: *“Dichos principios jurídicos penales no son únicamente ideas rectoras válidas para el trabado dogmático puro –y, por tanto, meras piezas teóricas–, sino constituyen criterios políticos-criminales a los que se debe atender tanto cuando se formulan las reformas penales como cuando se aplican las categorías del Derecho Penal a un supuesto fáctico. Los principios sirven al legislador y al juez, como a todo aquél que trabaje con los instrumentos conceptuales del Derecho Penal.”*¹²⁰

4.6. Jurisprudencia vinculante: La jurisprudencia, según la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0047-2004-AI: *“(…) es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta.”*¹²¹ Y, su producción le corresponde: *“Tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominado jurisprudencia.”*

122

Con respecto al carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹²³, prescribe que: *“22. Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden*

¹²⁰ CASTILLO ALVA, José Luis, “Principios de Derecho Penal – Parte General”, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, febrero del 2002, p. 12.

¹²¹ STC, Expediente N° 0047-2004-AI, FJ. 33. En CARO JOHN, José Antonio, “Diccionario de Jurisprudencia Penal – Definiciones y conceptos de derecho penal y derecho procesal penal, extraídos de la Jurisprudencia”, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007, p. 368.

¹²² *Ibid.*, p. 368.

¹²³ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial – Decreto Supremo N° 017-93-JUS, expedida el 28 de mayo de 1993.

excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan."

5. INTERROGANTES

- 5.1. Ante la existencia de una laguna legal en la determinación judicial de la pena, cuando concurran, en el hecho delictivo, circunstancias atenuantes privilegiadas, ¿Cuál es el criterio o postura que han adoptado los Jueces de los cuatro Juzgados Unipersonales Penales, dos Juzgados Colegiados Penales y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en el año 2017?
- 5.2. ¿Existe uniformidad en los fallos expedidos por los Juzgados Penales y Salas Penales de Apelaciones de Corte Superior de Justicia de Arequipa, expedidas en el año 2017, sobre la determinación judicial de la pena, al existir una laguna legal, sobre el criterio de reducción de la pena, cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas?
- 5.3. ¿Los criterios o posturas asumidos por éstos Jueces, son conforme a los principios de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho?
- 5.4. ¿Cuál es el criterio que debería adoptar el legislador para determinar la pena abstracta, cuando concurran en el delito, circunstancias atenuantes privilegiadas? O, ante la ausencia legal, ¿Cuál debería ser el criterio que debe asumir la jurisprudencia?

6. OBJETIVOS

- 6.1. Establecer el criterio o postura que han adoptado los Jueces de los cuatro Juzgados Unipersonales Penales, dos Juzgados Colegiados Penales, y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en el año 2017, ante la existencia de una laguna legal en la determinación judicial de la pena cuando concurran, en el hecho delictivo, circunstancias atenuantes privilegiadas.
- 6.2. Determinar si, pese a la existencia de ésta laguna legal en la determinación de la pena, existe uniformidad en los fallos de los Juzgados Penales y Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central en el año 2017.

- 6.3. Precisar si, dichos criterios o posturas asumidos por los Jueces de los Juzgados Penales y Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en el año 2017, son acorde a los principios de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho.
- 6.4. Proponer, a través del análisis de los fundamentos de la doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado, el criterio que debe adoptar el legislador para determinar la pena abstracta, cuando concurren en el delito, circunstancias atenuantes privilegiadas. O ante la persistencia de dicha laguna, el criterio que debe asumir la jurisprudencia, sobre la proporción o límite del *quantum* de la pena debe asignarse a cada circunstancia atenuante privilegiada contenidos en los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 de la Parte General del Código Penal.

7. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

- 7.1. **A nivel local:** De la búsqueda previa de antecedentes investigativos académicos relacionados con la propuesta de investigación, no se encontró ningún artículo de revista o tesis en las bibliotecas de las universidades de la ciudad de Arequipa.
- 7.2. **A nivel nacional:** Mediante la búsqueda en repositorios de tesis por internet, se pudo encontrar las siguientes investigaciones académicas relacionadas a la propuesta investigativa, partir de la dación de la Ley N° 30076, en agosto del 2013:
 - 7.2.1. **“La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a propósito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecida en el Código Penal de 1991”**, Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Lima, tesis para obtener el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales (2017), GARCÍA AQUINO, Jhonny Carlos.

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/6454/Garcia_aj.pdf?sequence=3

Este trabajo aborda el análisis de la determinación judicial de la pena en sentencias condenatorias de delitos de Robo Agravado, Violación Sexual de menor de edad y Homicidio Calificado en los años 2010 y 2011, siendo enfático en determinar que existen penas desproporcionadas por la inadecuada graduación judicial de la pena y por la inobservancia de las etapas de la graduación de la pena; asimismo, destacó que la mayoría de

sentencias condenatorias fueron válidamente impugnadas, las mismas que no fueron declaradas nulas pese a que existe una motivación aparente e insuficiente.

De manera específica, sobre el análisis de la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, concluye en lo siguiente:

“El órgano jurisdiccional si bien es cierto que graduó inadecuadamente la pena en los casos concretos analizados, también es cierto que observa criterios discutibles que no tiene asidero en la ley penal peruana (V.gr., Código Penal de 1991) menos aún en la carta magna de 1993 como, por ejemplo, los antecedentes generados por el presente proceso, señalada en la hoja carcelaria o boletín de condena; denominado en la presente tesis como “otro tipo de antecedentes” (existen 3 sentencias de expedientes del 2010 y 4 sentencias de expedientes del 2011). Ha sobrevalorado criterios o circunstancias de atenuación (privilegiadas), en las sentencias condenatorias analizadas, 22 (sentencias) en expedientes del 2010 y 34 (sentencias) en expedientes del 2011.

El órgano jurisdiccional no sopesa los criterios y circunstancias (genéricas y/o específicas, cualificadas o no) concurrentes en los casos concretos, no obstante, que estos tienen efectos penológicos distintos como, por ejemplo, la concurrencia de condiciones personales del procesado, los antecedentes penales y la condición socioeconómica; como tal, se gradúa o determina la pena inadecuadamente.”

7.2.2. “El principio de seguridad jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano”, Universidad Privada Antenor Orrego – Trujillo, tesis para obtener el título profesional de Abogado (2016), CASTAÑEDA DEZA, María Teresa.

http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1979/1/RE_DERE_MARIA.CASTA%C3%91EDA_SEGURIDAD.JURIDICA.DETERMINACION_DATOS.pdf

Este estudio, además de realizar un análisis en torno al principio de Seguridad Jurídica que se ve vulnerado por el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano, realizó un estudio de las

sentencias condenatorias de los Juzgados Colegiados Penales de la provincia de Trujillo durante los años 2013 y 2014 luego de la dación de la Ley N° 30076, en la que concluyó que no hay reglas para la determinación de la pena concreta, cuando concurren en el delito, circunstancias atenuantes privilegiadas, y que dicha determinación estaba regida por tres reglas básicas que debía aplicar el juez: principio de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad.

Por lo que, tiene como principal conclusión sobre la determinación judicial de la pena ante la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, lo siguiente:

“No se aplicaron criterios para establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas del Código Penal Peruano en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013 - 2014, pues encontramos en dichas resoluciones, sólo se limitan a mencionar la observancia de los artículos 45, 46 y 47 del Código Penal, pero no se ensayan argumentaciones ni fundamentaciones, que expliquen las razones del quantum punitivo impuesto.”

7.2.3. “La determinación judicial de la pena por debajo del mínimo legal en la tentativa de delitos”, Universidad Nacional de Trujillo - Trujillo, tesis para obtener el título profesional de Abogado (2015), AGUILAR SILVA, Angélica María y CANGO MIRANDA, Carolan Milena.

<http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/1466/T-15-2143-angelica%20maria%20aguilar%20silva-carolan%20milena%20cango%20miranda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

El presente trabajo investigativo, gira en torno al análisis de la determinación judicial de la pena cuando concorra el grado de tentativa en el delito, el mismo que tiene que tener en cuenta los principios rectores y fines preventivos de la pena, proponiendo que para la tentativa acabada deberá reducirse un tercio y para la tentativa inacabada se reducirá dos tercios por debajo del mínimo legal.

Concluye de manera general:

“Para que nuestro ordenamiento jurídico sea efectivo en nuestra sociedad, se necesita que los operadores jurídicos “legisladores y jueces” empiecen a diferenciar dos figuras jurídicas, como es el caso en la presente investigación, entre la tentativa y un delito consumado para que puedan normativizar criterios uniformes que los jueces aplican al momento de determinar judicialmente la pena en la tentativa de delitos, pues el artículo 45-A indica que se ha de sancionar la pena por debajo del tercio inferior, sin precisar hasta donde se deberá reducir la pena, por ello, concluimos que se debe establecer parámetros para definir el quantum de la pena a imponer en los casos de tentativa, todo ello en base al grado de ejecución de la tentativa, las circunstancias atenuantes, los principio rectores, el fin preventivo de la pena y sobre todo el peligro inherente del bien jurídico.”

7.2.4. “Determinación judicial de la pena, Reincidencia y Habitualidad, a propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076”, artículo del Boletín Académico N° 41 del Estudio Jurídico Oré Guardia Abogados (2013) – Lima, redactado por el Doctor ORÉ SOSA, Eduardo.

<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/BOLET%C3%8DN-ACAD%C3%89MICO-41.pdf>

Dicho artículo académico, si bien realiza una crítica a las circunstancias de atenuación y agravación genéricas contenidas en el artículo 46 del Código Penal y a las agravantes cualificadas de Reincidencia y Habitualidad, también dedica un análisis sobre la concreción de la pena en delitos con circunstancias modificativas cualificadas o privilegiadas, y en la que indica sobre el problema específico de las circunstancias atenuantes privilegiadas, lo siguiente:

“Por si fuera poco, aún hoy, tenemos una multiplicidad de normas —dispersas por toda la parte general del Código Penal— a las que el Juez necesariamente tiene que acudir para determinar la pena: omisión impropia (art. 13 in fine); error de prohibición vencible (art. 14); error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15); tentativa (art. 16); eximentes incompletas (art. 21); imputabilidad restringida (art. 22); complicidad secundaria (art. 25); agravante por prevalimiento del cargo (46-A); reincidencia (46-B); habitualidad (46-C); concurso ideal (art. 48);

delito masa (art. 49); etc. Ya sin abundar en otras normas, de carácter procesal, que afectan igualmente a la determinación de la pena concreta, v. gr. confesión sincera (art. 161 CPP) y terminación anticipada (art. 471 CPP).

En algunas de estas disposiciones, el legislador se limita a señalar que la pena será atenuada o disminuida prudencialmente, sin señalar de manera expresa si la reducción se realizará incluso hasta límites inferiores o por debajo del mínimo legal. Y si bien algunos autores pueden hacer una interpretación favor rei, entendiendo que la pena a imponer puede estar ubicada por debajo del mínimo —sin que señalen algún límite, con lo cual, al menos en teoría, la pena privativa de libertad podría ser reducida hasta los dos días—, esto no niega el hecho de las deficiencias con que se ha regulado una materia tan importante como las penas.”

7.3. A nivel internacional: Mediante una consulta en línea, no se ha encontrado artículos o tesis académicos sobre alguna problemática ante la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o las que hagan sus veces.

8. HIPÓTESIS

Dado que, desde la entrada en vigencia del artículo 45-A con la dación de la Ley N° 30076, ha habido una omisión (laguna en el Derecho), respecto a la proporción o límite del *quantum* de la pena que debe reducirse a cada circunstancia atenuante privilegiada, y sin que exista jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia del Perú, hasta en la actualidad:

Es probable que, los Jueces de los cuatro Juzgados Unipersonales Penales, dos Juzgados Colegiados Penales, y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en el año 2017, tengan criterios y fundamentos de determinación de pena distintos, afectando el principio y derecho de Igualdad en la Aplicación de la Ley Penal, Seguridad Jurídica y Predictibilidad de los fallos.

9. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

1. CAPÍTULO I: TEORÍA DE LA PENA
 - 1.1. Cuestiones introductorias
 - 1.2. Teorías que explican la fundamentación de las penas
 - 1.2.1. Las teorías absolutas
 - 1.2.2. Las teorías relativas

- 1.2.3. Las teorías de la prevención
 - 1.2.3.1. Prevención especial negativa
 - 1.2.3.2. Prevención especial positiva
 - 1.2.3.3. Prevención general negativa
 - 1.2.3.4. Prevención general positiva
- 1.2.4. La pena según la perspectiva funcional normativista
- 1.2.5. Las teorías combinadas de las penas
- 1.2.6. La teoría dialéctica de la pena
- 1.2.7. La teoría agnóstica de la pena
- 1.3. La pena como método disuasivo y resocializador
- 1.4. La pena en el Perú
 - 1.4.1. Funciones de la pena en el Perú
- 2. CAPÍTULO II: DETERMINACIÓN DE LA PENA
 - 2.1. Cuestiones generales
 - 2.2. Determinación legal de la pena
 - 2.3. Determinación judicial de la pena
 - 2.4. Sistemas de determinación judicial de la pena
 - 2.4.1. Sistema determinado
 - 2.4.2. Sistema indeterminado
 - 2.4.3. Sistema mixto
 - 2.5. Etapas de la determinación judicial de la pena
 - 2.5.1. Etapa legal
 - 2.5.2. Etapa judicial
 - 2.5.2.1. Teorías sobre la determinación judicial de la pena
 - 2.5.2.1.1. Teoría de la pena exacta o puntual
 - 2.5.2.1.2. Teoría del espacio o ámbito de juego o del margen de libertad
 - 2.5.2.1.3. Teoría del valor jerárquico del empleo
 - 2.5.2.1.4. Teoría de la proporcionalidad del hecho
 - 2.5.2.2. Etapas de la determinación judicial de la pena
 - 2.5.2.2.1. Individualización de la pena básica
 - 2.5.2.2.2. Individualización de la pena concreta
 - 2.5.3. Etapa constitucional – Principio constitucionales
 - 2.5.3.1. Principio de proporcionalidad
 - 2.5.3.2. Principio de legalidad
 - 2.5.3.3. Principio de culpabilidad
 - 2.5.3.4. Principio de lesividad

- 2.5.3.5. Principio de igualdad en la aplicación de la ley
- 2.5.3.6. Principio de humanidad
- 2.5.4. Etapa administrativa
 - 2.5.4.1. Modelos de tratamiento penitenciario
- 2.6. Procedimiento de determinación judicial de la pena
 - 2.6.1. Consideraciones previas
 - 2.6.2. Código Penal de 1924
 - 2.6.3. Código Penal de 1991
 - 2.6.4. Anteproyecto de Ley del Código Penal del 2004
 - 2.6.5. Anteproyecto de Ley del Código Penal del 2009
 - 2.6.6. Anteproyecto de Ley del Código Penal del 2015-2017
 - 2.6.7. Análisis del artículo 45-A del Código Penal adicionado por la Ley N° 30076
 - 2.6.8. Análisis de las causales de disminución de la punición desde el Código Penal Peruano de 1991 a la actualidad
 - 2.6.9. Las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Código Penal Peruano
 - 2.6.9.1. Error de prohibición vencible
 - 2.6.9.2. Error de prohibición culturalmente condicionado vencible
 - 2.6.9.3. Tentativa
 - 2.6.9.4. Responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal
 - 2.6.9.5. Responsabilidad restringida por la edad
 - 2.6.9.6. Complicidad Secundaria
 - 2.6.10. Las circunstancias atenuantes privilegiadas desde la doctrina peruana
 - 2.6.11. Las circunstancias atenuantes privilegiadas a partir de la doctrina extranjera
 - 2.6.12. Las circunstancias atenuantes privilegiadas en el derecho comparado
 - 2.6.12.1. Código Penal de Argentina
 - 2.6.12.2. Código Penal de Colombia
 - 2.6.12.3. Código Penal de Chile
 - 2.6.12.4. Código Penal de Bolivia
 - 2.6.12.5. Código Penal de Ecuador
 - 2.6.12.6. Código Penal de Uruguay
 - 2.6.12.7. Código Penal de España
 - 2.6.13. Las circunstancias atenuantes privilegiadas desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú

3. CAPÍTULO III: DETERMINACIÓN DE LA PENA CON CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN EL PERÚ
 - 3.1. Antecedentes legislativos
 - 3.2. Marco legal actual
 - 3.3. Jurisprudencia actual
 - 3.4. Derecho comparado
 - 3.5. Criterios en la doctrina
 - 3.6. Criterios de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, 2017
 - 3.7. Análisis de los resultados

10. MARCO OPERATIVO

10.1. FUENTES DE CONSULTA

- a) **Fuentes Primarias:** Tratados, Constitución Política del Perú de 1993, Código Penal – Decreto Legislativo N° 635 y sus modificatorias, Ley N° 30076; y Sentencias de los Juzgados Unipersonales y Colegiados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central del año 2017 y sus correspondientes Sentencias de Vista.
- b) **Fuentes Secundarias:** Casaciones, Recurso de Nulidades, Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia del Perú; Doctrina; y Derecho Comparado sobre determinación judicial de la pena.

10.2. ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

- a) Como principal técnica, usaré la de observación documental, mediante el uso de fichas de registro, fichas de investigación en doctrina y mediante el uso de fichas estructuradas se recolectará información de resoluciones judiciales, integrado por las sentencias y sentencias de vista de los cuatro Juzgados Unipersonales Penales, dos Juzgados Colegiados Penales, y cuatro Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, emitidas en el año 2017; así como Casaciones, Recursos de Nulidades, y Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia sobre determinación judicial de la pena, específicamente los criterios adoptados en la individualización de la pena concreta, cuando concurran en el hecho delictivo, circunstancias atenuantes privilegiadas.

La observación documental, también estará integrada por la revisión del derecho comparado sobre la determinación de la pena cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas, o las que hagan sus veces.

- b) Seguimiento del análisis sobre los criterios adoptados por la Corte Suprema y Juzgados Unipersonales Penales, Colegiados Penales y Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa para fijar el límite o proporción en que se ha de mover el marco penal o espacio punitivo del tipo básico ante la concurrencia en el delito de circunstancias atenuantes privilegiadas, se procederá analizar la uniformidad de los criterios adoptados y si tiene fundamento en la doctrina o en el derecho comparado.
- c) Y como última etapa de la estrategia metodológica, se procederá, mediante el análisis de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, dar los fundamentos de la propuesta sobre la proporción o el límite por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena, cuando concurran en el delito circunstancias atenuantes privilegiadas.

10.3. CAMPO DE VERIFICACIÓN

a) Ubicación espacial

El estudio se realizará en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central.

b) Ubicación temporal

La temporalidad de la investigación, corresponde al año 2017.

c) Unidades de estudio

Las unidades de estudio están constituidas por las sentencias y sentencias de vista emitidas por los Juzgados Penales y Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Sede Central, en la que concurra, en el delito, alguna circunstancia atenuante privilegiada.

c.1) Universo

a) Sentencias de Juzgados Penales Unipersonales, con circunstancias atenuantes privilegiadas

- Primer Juzgado Penal Unipersonal
- Segundo Juzgado Penal Unipersonal
- Tercer Juzgado Penal Unipersonal
- Cuarto Juzgado Penal Unipersonal

b) Sentencias de los Juzgados Penales Colegiados, con circunstancias atenuantes privilegiadas

- Primer Juzgado Penal Colegiado
- Segundo Juzgado Penal Colegiado

c) Sentencias de Apelación, con circunstancias atenuantes privilegiadas

- Primera Sala Penal de Apelaciones
- Segunda Sala Penal de Apelaciones
- Tercera Sala Penal de Apelaciones
- Cuarta Sala Penal de Apelaciones

11. CRONOGRAMA

TIEMPO ACTIVIDAD	2018																											
	FEBRERO				MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1) Presentación del Proyecto	X	X	X	X																								
2) Aprobación del Proyecto					X	X	X																					
3) Recolección de Información								X	X	X	X																	
4) Procesamiento de Información												X	X	X	X													
5) Análisis y Sistematización de Datos																X	X	X	X									
6) Conclusiones y Sugerencias																			X	X	X							
7) Redacción del Informe Final																					X	X	X	X	X			
8) Presentación del Informe Final																										X	X	

12. BIBLIOGRAFÍA

12.1. Normas legales

- Constitución Política del Perú.
- Código Penal – Decreto Legislativo N° 635.
- Ley N° 30076 – Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto del 2013.

- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial – Decreto Supremo N° 017-93-JUS, expedida el 28 de mayo de 1993.

12.2. Textos

- BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *“Código Penal anotado”*, 2001, p. 84. En REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *“Manual de Derecho Penal – Parte General II”*, Volumen II, Editorial Instituto Pacífico SAC, Lima 2014, p. 1334.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *“Principios de Derecho Penal – Parte General”*, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, febrero del 2002, p. 12.
- CASTILLO ALVA & URQUIZO DLAEHEA & SAN MARTÍN CASTRO & CARO CORIA & REYNA ALFARO & BRAMONT-ARIAS TORRES... VILLAVICENCIO TERREROS, *“Código Penal Comentado – Tomo I, Título Preliminar, Parte General”*, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2004, p. 80.
- CERESO MIR, José. *“Curso de Derecho Penal español”*, Tomo 1. Tecnos. 6ª edición. Madrid, 1998. Págs. 170 y 173, quien sostiene que de acuerdo a la redacción actual del Código Penal español solo es posible plantear la aplicación de la analogía in bonam partem para las atenuantes, mas no para las eximentes de responsabilidad penal; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *“Curso de Derecho Penal español”*. Universitas. Madrid, 1996. Pág. 170; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *“Fundamentos de Derecho Penal”*. Tirant lo Blanch. 3ª edición. Valencia, 1993. Pág. 300; BACIGALUPO, Enrique. *“Principios de Derecho Penal”*. Akal. 4ª edición. En CASTILLO ALVA & URQUIZO DLAEHEA & SAN MARTÍN CASTRO & CARO CORIA & REYNA ALFARO & BRAMONT-ARIAS TORRES... VILLAVICENCIO TERREROS, *“Código Penal Comentado – Tomo I, Título Preliminar, Parte General”*, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2004, p. 79.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *“Tratado de Derecho Penal Parte General – Volumen I”*, Legales Editores, Volumen I, Primera Edición, 2016, p. 429.
- RUBIO CORREA, Marcial, *“El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”*, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 279.
- RUBIO CORREA, Marcial, *“El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”*, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 280.

- RUBIO CORREA, Marcial, *“El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”*, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 296.
- RUBIO CORREA, Marcial, *“El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho”*, Séptima Edición corregida y aumentada, Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 301.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *“Manual de Derecho Penal – Parte General II”*, Ediciones Jurídicas, Tomo II, Buenos Aires, abril del 1986, p. 869.

12.3. Jurisprudencia Nacional

- Casación N° 626-2013-Moquegua, publicada el 27 de febrero del 2016, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.
- Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal, realizado en la ciudad de Moquegua los días 09 y 10 de junio del 2017.
- Recurso de Nulidad N° 3496-2015-Lima Sur del 06 de marzo del 2017, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú.
- Recurso de Nulidad N° 3864-2013-Junín publicada el 01 de febrero del 2015. Ejecutoria vinculante expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0047-2004-AI, FJ. 33. En CARO JOHN, José Antonio, *“Diccionario de Jurisprudencia Penal – Definiciones y conceptos de derecho penal y derecho procesal penal, extraídos de la Jurisprudencia”*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2007, p. 368.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA, FJ. 8. En CARO JOHN, José Antonio, *“Diccionario de Jurisprudencia Penal – Definiciones y conceptos de derecho penal y derecho procesal penal, extraídos de la Jurisprudencia”*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2007, p. 36.

12.4. Fuentes Web

- Material de Lectura elaborado por HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, para el programa de formación de aspirantes a magistrados: *“Función*

Jurisdiccional”, Lima, 2000, p. 106. Disponible en línea:

<http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/160>

- MOLERO MANGLANO, 1987, p. 90. En Material de Lectura elaborado por HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo para el programa de formación de aspirantes a magistrados: “*Función Jurisdiccional*”, Lima, 2000, p. 111. Disponible en línea: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/160>
- FIGUEROA NAVARRO, Aldo, “*La reforma penal de la determinación judicial de la pena*”, disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_07.pdf

13. ANEXOS

a) FICHAS DE REGISTRO

- **Ficha Bibliográfica**

N° DE FICHA:	UBICACIÓN:
MATERIA:	CÓDIGO DE BIBLIOTECA:
AUTOR:	
OBRA:	

- **Ficha de Internet**

N° DE FICHA:	UBICACIÓN:
MATERIA:	CÓDIGO DE BIBLIOTECA:
AUTOR:	
OBRA:	
DIRECCIÓN URL:	

b) FICHAS DE INVESTIGACIÓN

- **Ficha Textual y Ficha Resumen**

N° DE FICHA:	UBICACIÓN:
MATERIA:	CÓDIGO DE BIBLIOTECA:
AUTOR:	
OBRA:	

c) FICHA ESTRUCTURADA

N° DE FICHA:	AÑO:
DATOS RELEVANTES	
SEDE:	
NÚMERO DE EXPEDIENTE:	
JUEZ:	
MATERIA:	
DEMANDANTE / DENUNCIANTE:	
DEMANDADO / DENUNCIADO:	

ITINERARIO:		
FALLO / SENTENCIA:		
DECLARADO:		
PRESENCIA DE CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PRIVILEGIADA:		
PENA:	EFFECTIVA:	
	SUSPENDIDA:	

